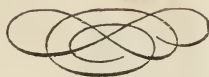
ANNOTAZIONI ALLE NUOVE LEGGI

SUL

MATRIMONIO DEI CATTOLICI

VIGENTI NELL'IMPERO AUSTRIACO

raccolte dai migliori autori

DAL DOTT. C. F. GABBA

MILANO

PRESSO DOMENICO BOLCHESI LIBRAJO-EDITORE

1859

PREFAZIONE

Alcuni mesi or sono l'insigne Autore delle *Annotazioni pratiche al Codice civile austriaco* cortesemente m'invitava a corredare la settima edizione dell' opera sua di una mia Appendice, contenente un breve commentario alle leggi che da quasi due anni in qua regolano il matrimonio dei cattolici in tutta l'estensione dell'Impero. Non senza trepidazione io accettai l'invito. Arduo, invero, ad ognuno, e più ancora a chi al pari di me è poco esercitato nel metodo e nella dialettica dell'interpretazione di leggi positive, riesce l'assunto di ben comprendere lo spirito di una legislazione nuova, di cogliere le relazioni reciproche delle molteplici sue disposizioni, e di indovinare e sciogliere i varii casi pratici a cui le medesime o isolate o congiunte ponno dare occasione. E tale arduezza è assai meno grave in molte altre leggi nuove che nella nuova legislazione austriaca intorno al matrimonio dei cattolici. Questa di due parti si compone affatto diverse di indole e di intenti, cioè di una legge emanata dal sovrano temporale che regola gli effetti di diritto civile del matrimonio, e del diritto matrimoniale canonico che ne regola la vera essenza, e deve spesse volte conciliare fra di loro due principii che dalla natura parrebbero destinati ad escludersi a vicenda, quello cioè della bontà relativa di ogni nuova legge in generale, per cui essa non può retroagire su casi prima di lei accaduti, e quello della bontà assoluta inerente per eccezione alle leggi matrimoniali della Chiesa, le quali non sogliono ricevere limite alcuno alla

loro influenza, nè di tempo, nè di spazio. Se il connettere profondamente e saldamente quelle due parti, e quei due opposti principii conciliare coi minori inconvenienti possibili, dovette costare un lungo e faticoso studio a chi ebbe l'incarico di redigere la legge, l'interprete che dee mettere in chiaro le massime adottate dal legislatore, e fecondarle, applicandole a casi da lui non preveduti, intraprende senza dubbio uno studio non meno laborioso. Tutte queste difficoltà mi stavano dinanzi alla mente all'atto di accingermi al lavoro affidatomi, e, come dissi, mi lasciarono assai poca confidenza nelle mie forze per giungerne al fine non del tutto indegnamente. Ed ora, che in qualche modo il lavoro è finito, quei medesimi dubbii che erano stati sopiti durante l'esecuzione, mi ritornano e mi obbligano ad invocare l'indulgenza dei dotti su ciò che loro presento.

Il metodo che ho seguito in queste annotazioni è differente nelle diverse parti della nuova legislazione matrimoniale. Analizzando e commentando la Patente di promulgazione, e l'Appendice I di essa Patente, cioè la legge civile sul matrimonio dei cattolici, io ho seguito il solito metodo degli interpreti di leggi positive, il quale consiste nello spiegare il senso letterale della legge, confrontando all'uopo la versione col testo originale, che solo è testo di legge, e poscia nell'esporre il vero spirito della disposizione di cui si tratta, e studiarne i rapporti con quella che ne teneva luogo nella legge anteriore abrogata, e nell'immaginare e decidere casi pratici nei quali l'applicazione di un canone di legge, benchè indispensabile, offra tuttavia qualche difficoltà. Egli è ben naturale peraltro, che non sempre le mie annotazioni ai singoli passi di legge offrono distinte l'una dall'altra tutte le differenti operazioni interpretative summentovate e con un ordine invariabile; ma che al contrario l'una o l'altra di esse difetta, allorquando non se ne fa sentire il bisogno.

Le annotazioni all'Appendice II, contenente il vero diritto matrimoniale canonico pei cattolici, hanno un carattere alquanto diverso dalle prime. Non è già che io non abbia riguardata l'Appendice II come una vera legge, se non in teorica, almeno in fatto, pei tribunali ecclesiastici matrimoniali cui è diretta; la ragione di quella differenza è ben altra. L'Istruzione pei giudizii ecclesiastici matrimoniali, tuttochè debba in pratica venire scrupolosamente osservata da questi, come la norma più sicura, non può dirsi cionnonostante una vera emanazione dell'autorità legislativa ecclesiastica,

ma è desunta al contrario da principii di diritto canonico, che a lei preesistevano e che non furono in nulla abrogati per la sua pubblicazione. Non si può rivolgere lo studio su alcuna delle disposizioni contenute nell'Istruzione, senza sentire il bisogno di risalire a quei decreti e costituzioni canoniche dalle quali la prima fu dedotta come la più probabile sentenza. Un bisogno analogo non sussiste mai nei commenti alle leggi positive propriamente dette, ed è in ciò appunto che risiede la differenza essenziale fra le annotazioni soggiunte all'Appendice II e quelle apposte alle altre parti della nuova legislazione matrimoniale austriaca. Differenza tanto più inevitabile quanto meno copiosi sono i punti di vista dai quali l'Istruzione suol considerare i differenti enti giuridici di cui si occupa, di quelli che questi enti presentano nelle fonti canoniche. I compilatori dell'Istruzione si sono dovuti imporre questo modo di procedere per la stessa mira di stabilire dottrine sicure, ma egli è chiaro che l'interprete deve supplire le loro omissioni onde proporre od esibire almeno opinioni alquanto probabili dove non se ne poterono stabilire di certe o quasi certe.

L'uso che in questo mio lavoro io feci delle opere dei più accreditati scrittori fu pur differente di indole e di quantità nelle diverse parti del medesimo. Nelle annotazioni alla Patente imperiale 8 ottobre 1856 e della nuova legge civile sugli affari matrimoniali dei cattolici, io non ebbi altra guida autorevole che l'illustrazione dell'una e dell'altra pubblicata nello scorso anno a Praga dal prof. Gio. Federico Schulte (*Erläuterung des Gesetzes ueber die Ehen der Katholiken*, etc.), ed altri autori non potei consultare con profitto che i più riputati interpreti del Codice civile in tutto ciò che questo codice ha di comune con quelle nuove pubblicazioni legislative, e che dall'uno alle altre può trasferirsi, fatte le necessarie mutazioni. Fra quegli interpreti io nominerò in particolare il Dolliner, nel suo pregevolissimo lavoro di pratica giurisprudenza, il *Diritto matrimoniale ed il processo matrimoniale* (*Das Eherecht und das Eheprozess*). Nelle annotazioni alla Appendice II mi stava davanti una copiosissima fonte di cognizioni teoriche e di punti di vista pratici in molte opere pubblicate nei secoli andati e nel nostro secolo da teologi e canonisti. Fra queste opere io scelsi di preferenza a studiare fra le antiche le celebrate disputazioni del Sanchez, *De sacramento matrimonii*, nelle quali può dirsi esaurito il soggetto sia nel campo teologico, che nel morale, e nel giuri-

dico pratico; e fra le moderne l'opera del vivente abate D.r Giovanni Kutschker (*Das eherecht der Katholischen Kirche nach seiner theorie und praxis, Wien. 1857, Willhelm Braumüller*).

La distribuzione delle materie siegue in questo lavoro, come il suo medesimo titolo lo indica, l'ordine delle disposizioni e dei paragrafi della legge. Io non ho però omesso d'anteporre talvolta a certe parti della legge ed a certe serie di paragrafi generali osservazioni che mi parvero idonee a gettare un'utile luce sul loro insieme. A tutto il lavoro poi ho fatto precedere una introduzione, la quale contiene dati e criterii che riesce indispensabile aver presenti nella attuazione del complesso di leggi, che mi accinsi poscia ad analizzare in tutte le sue parti ad una ad una.

Milano, 30 settembre 1858.

CARLO FRANCESCO GABBA.

INTRODUZIONE

§ 1.

Stato attuale della legislazione austriaca intorno al matrimonio dei cattolici.

Dal 1 gennajo 1857 cessò il matrimonio dei cattolici in tutta l'estensione dell'impero d'Austria di essere regolato dalle disposizioni contenute nel capitolo II del Codice civile generale austriaco pubblicato nel 1 gennajo 1811, e in luogo di queste disposizioni subentrarono le prescrizioni del diritto canonico fatte valere da tribunali ecclesiastici matrimoniali. Dicemmo *in tutta l'estensione dell'impero d'Austria*, perchè nell'Ungheria e nelle provincie una volta a lei congiunte il diritto canonico vigeva pei matrimonii dei cattolici, e vi era applicato da tribunali ecclesiastici, prima ancora che il Codice civile generale austriaco fosse introdotto in quei paesi, e da questa introduzione si eccettuò appunto il capitolo II di esso Codice, che tratta del matrimonio, in virtù delle Patenti Imperiali 29 novembre 1852 (art. III), e 29 maggio 1853 (art. III).

Cotale cambiamento di legislazione fu operato nell'Austria dalla Patente Imperiale del 5 novembre 1855, con cui fu pubblicato il Concordato fra la Santa Sede Romana e l'impero d'Austria, l'articolo X del quale Concordato stabilisce che delle cause matrimoniali (dei cattolici) conoscerà il giudice ecclesiastico, secondo i sacri canoni, e principalmente secondo i decreti del concilio tridentino; e dalla Patente Imperiale dell'8 ottobre 1856 colla quale si determinò che i giudizii ecclesiastici matrimoniali dovessero entrare in attività, in quei luoghi dove non fossero ancora costituiti, a cominciare dal 1 gennajo 1857.

Avendo poi il suddetto articolo X del Concordato fra la Santa Sede e l'impero d'Austria stabilito, che al giudice secolare non rimangano più sottoposti che gli effetti civili del matrimonio, la mentovata Patente Imperiale 8 ottobre 1856 pubblicò in pari tempo col titolo di Appendice I una nuova *Legge sugli affari matrimoniali dei cattolici*, *in quanto tali affari appartengono alla sfera della giurisdizione civile.* A tale Appendice I siegue una seconda col titolo d'*Istruzione pei giudizii ecclesiastici dell'impero austriaco circa le cause matrimoniali.* Questa istruzione è destinata a contenere l'esposizione del diritto canonico attuale intorno al matrimonio dei cattolici [1].

[1] Per qual motivo siasi chiamata Appendice I alla Patente 8 ottobre 1856 la nuova legge sul matrimonio dei cattolici parecchi non comprendono. Stubenrauch giudica quel modo di dire una stranezza (*Das allgemeine bürgerliche gesetzbuch. Anhang*); Schulte vi scorge un errore incorso nella redazione del Bollettino delle leggi (*Erläuterung des Gesetzes, etc.*). Io credo che quella legge siasi chiamata appendice per ciò che potendosi al certo chiamar tale l'istruzione, si volle coll'ugual nome porre sulla stessa linea le due pubblicazioni, onde accennare anche con ciò alla parificazione dell'Istruzione medesima alla legge, del che si vedrà più avanti l'importanza.

Pertanto le parti dell'attuale diritto matrimoniale dei cattolici nell'impero austriaco sono le seguenti: 1.° L'articolo X del Concordato 5 novembre 1855; 2.° la nuova legge sugli affari matrimoniali dei cattolici, dell'8 ottobre 1856; 3.° il diritto canonico in generale, ed in particolare, l'istruzione pei giudizii ecclesiastici dell'impero austriaco nelle cause matrimoniali, aggiunta come seconda Appendice alla Patente Imperiale 8 ottobre 1856.

Noi vogliamo fare un breve commento ai paragrafi della legge matrimoniale dell'8 ottobre 1856, e della istruzione pei giudizii ecclesiastici pubblicata insieme a quella legge, restringendoci però a quella parte di essa che espone propriamente il diritto canonico matrimoniale cattolico (§§ 1-95, §§ 205-245).

Ma prima d'accingerci ad un tale lavoro, sarà opportuno che esaminiamo in distinti paragrafi le seguenti cose: 1.° lo sviluppo storico della legislazione matrimoniale cattolica nei dominii austriaci, onde conoscere a quali fatti anteriori si connetta lo stato attuale di questa legislazione; 2.° il rapporto in cui sta l'*istruzione pei tribunali ecclesiastici dell'impero austriaco nelle cause matrimoniali* pubblicata come seconda Appendice alla Patente Imperiate 8 ottobre 1856, col diritto canonico, al quale unicamente sono rimessi i tribunali ecclesiastici nel decidere le cause matrimoniali, giusta l'articolo X del Concordato; 3.° le differenze che vigono fra il diritto canonico matrimoniale pei cattolici, attualmente accettato in Austria, e quello che prima vi era in vigore in conformità al capitolo II del Codice civile generale; 4.° il rapporto in cui si trovano fra di loro attualmente in Austria il diritto matrimoniale canonico, ed il civile, e quindi i tribunali ecclesiastici ed i civili; 5.° i termini precisi nei quali si racchiude l'attuale vigore del capitolo II del Codice civile generale, nelle disposizioni che riguardano il matrimonio dei cattolici

§ 2.

Svolgimento storico della legislazione austriaca intorno al diritto matrimoniale dei cattolici.

Leggi intorno al matrimonio dei cattolici non furono dal potere secolare promulgate nei dominii austriaci prima dell'imperatore Ferdinando I, il quale proibì gli sponsali e i matrimonii dei minorenni senza il consenso dei genitori, tutori, ecc. Simili decreti emanaronsi anche in seguito. Maria Teresa dichiarò nulli sponsali e matrimonii di tale natura. Poscia si proibirono gli sponsali ed i matrimonii degli invalidi, dei soldati in generale, e di certi inferiori impiegati dello Stato, ma senza annullarli. Indi si assegnarono ai tribunali dello Stato tutti i punti incidenti di diritto civile, che si manifestassero nelle cause di separazione, od in altre; l'Imperatore Giuseppe II proibì la domanda di dispense a Roma, volle che gli Ordinarii si provvedessero dal Pontefice delle facoltà di dispensare nei gradi più vicini di parentela, e che tali facoltà fossero munite del placito regio.

Con queste successive e parziali disposizioni la legislazione secolare austriaca andò avocando a sè di mano in mano una parte sempre maggiore del terreno, prima esclusivamente occupato dal diritto canonico intorno al matrimonio dei cattolici, e fu preparata la via alla legge matrimoniale di Giuseppe II, per la quale ebbe luogo la piena abolizione del diritto matrimoniale canonico nei dominii di casa d'Austria.

La legge matrimoniale pei cattolici pubblicata dall'Imperatore Giuseppe II è contenuta nella Patente matrimoniale del 16 gennajo 1783, promulgata nella Lombardia austriaca addì 30 luglio 1784. Questa dichiarò essere il matrimonio un contratto civile, abolì l'impedimento della consanguineità e dell'affinità al di là del secondo grado della cognazione spirituale e legale, e quello proibitivo degli sponsali e dei voti semplici di castità, rigettò lo scioglimento del matrimonio rato e non consumato per professione religiosa e dispensa pontificia, ed assegnò ai giudizii dello Stato tutta la giurisdizone nelle cause matrimoniali. Sancì in pari tempo come nuovi impedimenti dirimenti: l'adulterio giudizialmente provato, il conjugicidio unilaterale, il difetto di consenso del padre o del tutore al matrimonio dei minorenni, e dei superiori militari a quello dei loro subordinati. Introdusse inoltre la separazione volontaria, ed escluse la non volontaria, ed al solo Stato attribuì la facoltà di dispensare negli affari matrimoniali.

La collisione della legge civile col diritto canonico cattolico intorno ai matrimonii non poteva essere più perfetta che in tal patente. Giuseppe II non omise, quando glie se ne presentò l'occasione, di dichiarare essere sua volontà che nessun altro re-

quisito si richiedesse alla validità od invalidità di un matrimonio oltre quelli contenuti nella sua patente matrimoniale, col che tolse ogni fondamento all'opinione che questa si riferisse soltanto agli effetti civili del contratto di matrimonio (Decreto Aulico 4 settembre 1793).

Quanto la Santa Sede fosse malcontenta di si rilevante innovazione giuseppina, e quanto si adoperasse perchè fosse rivocata, egli è facile immaginarselo; ma Giuseppe II fu irremovibile nel suo proposito, e la Patente matrimoniale del 16 gennajo 1783 venne poi anche trasfusa nel Codice giuseppino del 1 novembre 1786.

L'opera legislativa di Giuseppe II rimase intatta anche sotto i di lui successori, e il diritto matrimoniale pei cattolici si conservò nelle leggi austriache quale era stato ordinato da quell'imperatore, fino ai nostri giorni. Concordi a quelle della patente del 16 gennajo 1783, e del Codice giuseppino, sono le disposizioni matrimoniali contenute nel Codice civile per la Galizia occidentale dell' 8 settembre 1797, e poscia nell'ancor vigente Codice civile universale del 1 giugno 1811 di Francesco I d'Austria, salve alcune poche modificazioni.

Ma l'opposizione della Santa Sede e gli sforzi della medesima per far ricevere di bel nuovo nell'impero austriaco il diritto matrimoniale canonico non cessarono in tutto questo tempo, ed a loro era predestinata la vittoria, di cui noi fummo testimonii, or sono tre anni, all'epoca della conclusione del Concordato fra l'impero d'Austria e la Santa Sede. Già l'imperatore Francesco I vuolsi che al letto di morte consigliasse alla sua famiglia l'abolizione di quasi tutte le leggi giuseppine (Wiseman, *Conferenza sul Concordato austriaco*, 3), e il di lui ministro Metternich si espresse col cardinale Wiseman in un modo favorevole appieno alle leggi matrimoniali cattoliche emanate dal concilio tridentino (op. cit., ibid.). Questi erano preludii a quanto si fece sotto l'imperatore Francesco Giuseppe I, attualmente regnante.

Il pensiero di un Concordato fra la Santa Sede e l'impero d'Austria, quale venne conchiuso tre anni or sono, era già sorto nell'animo dell'imperatore Ferdinando I, e le trattative pel medesimo vennero infatti lui regnando intraprese, e poscia interrotte nell'anno 1845. Ma prima ed indispensabile condizione di un tale Concordato era necessariamente il ripristinamento del diritto matrimoniale canonico, e l'istallazione di giudizii matrimoniali ecclesiastici, siccome il pontefice Pio VI avea più volte dichiarato. Il perchè molti anni prima della recente stipulazione del Concordato austriaco era stato istituito in Vienna un Comitato del Consiglio di Stato « onde consultare intorno a miglioramenti da introdursi nella legislazione relativa al diritto matrimoniale austriaco. »

L'attuale imperatore Francesco Giuseppe I ordinò che si riassumessero le trattative col romano pontefice per la stipulazione di un Concordato, dopo di avere riconosciuta l'interna libertà della Chiesa colla Patente 4 marzo 1849, e sanzionate le ordinanze del 18 e 23 aprile 1850. In tali trattative continuò ad aversi principalmente di mira la riforma del diritto matrimoniale pei cattolici, e il riconducimento del medesimo alle prescrizioni canoniche. A quest'uopo la Chiesa non credette aver concessioni da fare che risguardassero il contenuto del diritto matrimoniale; ella non fece altro che rendere vieppiù chiare le disposizioni canoniche intorno al medesimo, in modo che le si raccomandassero da sè stesse. E con siffatto intento appunto il principe arcivescovo di Vienna, cardinale Rauscher, compilò dai decreti del concilio tridentino e dalle opere dei migliori canonisti le prescrizioni del diritto canonico cattolico attuale intorno al matrimonio, e ne compose nel 1855 la summentovata *Instructio pro judiciis ecclesiasticis imperii austriaci quoad caussas matrimoniales*, che ebbe l'approvazione di una commissione di valenti canonisti raccolta in Roma, e dal in allora pronunzio della Santa Sede in Vienna cardinale Viale-Prelà fu inviata e raccomandata ai vescovi dell'impero, qual norma a cui potevano senza pericolo attenersi. Dessa fu come la forma sotto la quale il diritto canonico matrimoniale venne esibito all'autorità temporale, onde riportare la sua adesione a ciò che se ne facesse legge dello Stato. Questa adesione venne infatti accordata, vincendosi così la principale difficoltà ad un Concordato fra Roma e l'austriaco impero, la cui pubblicazione ebbe effettivamente luogo mediante la Patente del 5 novembre 1855, della quale si è detto di sopra. E fu appunto, siccome già dicemmo, in forza dell'articolo X del Concordato, che il diritto canonico venne riconosciuto nell'impero d'Austria come unica legge da applicarsi nel giudicare dei matrimonii dei cattolici, e per opera dei competenti tribunali ecclesiastici.

Il vigor pratico però dell'articolo X del Concordato austriaco, e con esso l'applicazione del diritto canonico al matrimonio dei cattolici, non cominciò subito dopo la promulgazione del Concordato stesso. Al contrario l'articolo II della Patente Imperiale 5 novembre 1855 ordinò che *fino a tantochè non venissero pubblicate le necessarie modificazioni al Codice civile intorno agli affari matrimoniali*, dovessero rimanere in vigore le leggi già sussistenti in Austria pei matrimonii dei cattolici, e i giudici dello Stato sentenziare secondo le medesime intorno alla validità civile di tali matrimonii ed alle loro conseguenze legali.

Codesta prescrizione lasciava aspettare una nuova manifestazione del volere sovrano sia intorno al tempo del quale il diritto canonico matrimoniale, e l'articolo X del Concordato dovessero aver vigore, sia intorno ai principii secondo i quali giudicar si dovesse in avvenire del matrimonio dei cattolici davanti al foro civile. Il primo di questi oggetti fu appunto contemplato dalla Patente 8 ottobre 1856, e il secondo dall'Appendice I della medesima. Quella patente stabilì il giorno 1 gennajo 1857 come primo da cui dovessero entrare in attività i tribunali ecclesiastici matrimoniali, e implicitamente anche le leggi matrimoniali canoniche, in quelle parti dell'impero in cui non fossero per avventura già in vigore. L'Appendice I aggiunta ad essa Patente contiene una nuova legge sugli affari matrimoniali dei cattolici, in quanto tali affari appartengano alla sfera della giurisdizione civile (vedi paragrafo precedente).

§ 3.

Del valore giuridico dell'Istruzione pei giudizii ecclesiastici matrimoniali dell'impero austriaco nelle cause matrimoniali.

Il diritto matrimoniale è oggidì amministrato in Austria da tribunali ecclesiastici, e secondo il diritto canonico; ma dove propriamente si trovano le prescrizioni canoniche cattoliche intorno al diritto matrimoniale? Ognuno qui risponde facilmente: nelle fonti del gius canonico, e specialmente nel concilio di Trento (sess. XXIV, *De reform. matrim.*), e nella pratica della Chiesa romana. Eppure in Austria fu pubblicata dal sovrano temporale, siccome Appendice II alla Patente Imperiale 8 ottobre 1856, una *Istruzione pei giudizii ecclesiastici nelle cause matrimoniali*. Qual è dunque il valor giuridico di questa Istruzione presso i tribunali ecclesiastici austriaci? Questa domanda si fecero tutti i giuristi che si sono finora occupati della recente innovazione delle leggi matrimoniali austriache, e non è difficile il rispondervi.

L'Istruzione non in tutto è pienamente fondata nel diritto canonico scritto, e per questa ragione farebbe d'uopo ch'ella si potesse dire legge, affinchè pienamente obbligasse; ma l'Istruzione non è legge, e perchè non promulgata nè confermata dal concilio, nè dal voto della Chiesa dispersa, nè dal pontefice, e perchè il suo nome istesso esclude che lo sia. D'altra parte però l'origine dell'Istruzione fu piuttosto ecclesiastica che laicale, siccome si potè scorgere nel paragrafo precedente, e dopo essere stata approvata da teologi romani, ella venne *raccomandata*, se non *comandata*, ai vescovi dell'impero austriaco dal Nunzio Apostolico residente in Vienna, cioè dalla stessa Sede pontificia. Laonde può dirsi, che il giudice ecclesiastico austriaco, benchè non astretto all'osservanza dell'istruzione, come a quella di una vera legge, tuttavia non solo è in potestà, ma, più ancora, non può omettere di attenersi alla medesima nel giudicare, in quei dubbii casi nei quali per la natura delle cose fa mestieri ch'egli si pronunci per un'opinione probabile, cioè assistita da valida autorità. E questo è a ritenersi appunto essere il valor giuridico dell'Istruzione presso i tribunali ecclesiastici matrimoniali. Nei punti da essa contemplati il giudice non se ne deve scostare, mentre del resto gli è libero di ricorrere egli medesimo al diritto canonico negli altri (§ 251 dell'Istruzione). Ciò ottiene ampia conferma dai suggerimenti dell'equità e della politica prudenza; imperocchè, lo scopo originario di chi compiè l'Istruzione essendo stato, come si vide nel paragrafo precedente, quello di agevolare l'adesione del sovrano temporale dell'Austria all'adozione del diritto canonico negli affari matrimoniali de' suoi sudditi cattolici, e la stipulazione del Concordato fra l'Austria e il pontefice romano, l'osservanza di essa ed era come una tacita condizione di tale adesione e del Concordato, ed è tuttavia in certo modo un pegno della conservazione dell'una e dell'altro [1].

[1] Nel proemio della *Patente matrimoniale* di Giuseppe II, si legge che fra i motivi che indussero questo imperatore a lasciare in disparte le leggi matrimoniali canoniche, vi era pur quello della dispersione di queste leggi.

Presso i giudizii civili l'Istruzione può venire talvolta in acconcio, del che si vedranno i casi nello studio della *Legge sugli affari matrimoniali dei cattolici, in quanto tali affari appartengano alla sfera della giurisdizione civile,* promulgata colla Patente Imperiale 8 ottobre 1856. In tali casi non v'ha dubbio che l'Istruzione sia una vera legge pel giudice civile, essendo ciò espressamente prescritto dal § 3 di detta legge. Locchè è evidentemente giusto, perchè siccome il giudice civile dalla legge civile soltanto impara in quali casi a lui spetti decidere del matrimonio de' cattolici secondo le disposizioni del diritto canonico, così pure dalla legge civile soltanto viene istruito intorno a queste disposizioni medesime.

Le cose fin qui dette intorno al valore giuridico dell'*Istruzione* pei tribunali ecclesiastici dell'impero austriaco nelle cause matrimoniali godono pure il suffragio del professore Schulte (*Erläut. des Ges.*, etc., pag. 33 e segg.), del dott. Harum (*Haimerls österr. vierteljahrsschrift*, etc., I, pag. 25), dell'abate Nardi (*Diritto matrimoniale cattolico;* Padova 1857, pag. 16), e dei dottori Orefici e Lazzarini (traduzioue dell'*Illustrazione del Codice civile generale austriaco* di Stubenrauch, fasc. 5, pag. 210). Anche la pratica, tuttochè breve, dei tribunali ecclesiastici matrimoniali, vi è sino ad ora favorevole ([1]).

§ 4.

Differenze fra il diritto matrimoniale pei cattolici sancito nei canoni e quello contenuto nel capitolo II del Codice civile generale.

L'indole della nuova legislazione matrimoniale canonica cattolica vigente in Austria dal 1 gennajo 1857 si lascia comprendere assai facilmente mediante il confronto fra essa, e l'anteriore portata dal capitolo II del Codice civile generale. Noi desumiamo questo confronto dall'*Illustrazione della legge matrimoniale* dell'8 ottobre 1856 del professore Giovanni Federico Schulte (pag. 81 e segg., ediz. ted. Praga 1857).

Fermando di preferenza la nostra attenzione sugli impedimenti al matrimonio dirimenti, noi distingueremo: *a*) quelli che sono comuni al diritto canonico ed al Codice civile generale; *b*) quelli che erano dirimenti nel Codice civile e non lo sono nel diritto canonico; *c*) i dirimenti conosciuti soltanto al diritto canonico, non eziandio al Codice civile; *d*) quegli impedimenti dirimenti del Codice civile che subiscono qualche modificazione nel diritto canonico.

Ad *a*) Sono impedimenti dirimenti comuni al diritto canonico ed al Codice civile: l'incapacità di acconsentire al matrimonio, dei furiosi (pazzi), dei mentecatti, degli impuberi (Codice civile generale, § 48), l'impotenza sessuale (§ 60), il timore e la violenza (§ 55), il ratto (§ 56), l'errore nella persona (§ 57), il matrimonio sussistente (§ 62), gli ordini maggiori, e i voti solenni di castità (§ 63), la differenza di religione (§ 64), il difetto della presenza del parroco o di un suo rappresentante, ecc. (§ 75 e segg.).

Ad *b*) Non sono in diritto canonico impedimenti dirimenti, come lo erano nel Codice civile i seguenti: la minore età (§ 49 e segg. del Codice civile generale), il mancato assenso dei superiori per le persone militari (§ 54), l'errore nel caso del § 58 del Codice civile generale, la condanna al carcere duro (§ 67), il commesso adulterio nel caso del § 67 del Codice civile generale, il difetto di tutte le pubblicazioni (§ 69 e segg.).

Ad *c*) Sono conosciuti soltanto in diritto canonico, e non eziandio nel Codice civile i seguenti impedimenti dirimenti: l'errore intorno alla libertà di una persona, la cognazione spirituale in conseguenza del battesimo e della confermazione, la cognazione legale per l'assunzione in luogo di figlio, la pubblica onestà nascente dagli sponsali, la mancata condizione annessa alla conchiusione del matrimonio.

Ad *d*) Subiscono modificazione nel diritto canonico i seguenti impedimenti dirimenti, riconosciuti anche dal Codice civile generale: l'impubertà; questa nel diritto canonico estendesi per le femmine fino ai 12, pei maschi fino ai 14 anni compiuti (diversamente il § 48 confrontato col § 21 del Codice civile generale), la consanguineità e l'affinità nascente da matrimonio consumato; queste si estendono in diritto cano-

([1]) Poco tempo dopo l'istallazione dei tribunali ecclesiastici matrimoniali in tutte le provincie dell'impero, non pochi Ordinarii della Lombardia manifestarono dubbii sulla forza obbligatoria dell'Istruzione, e la Curia Metropolitana di Milano fu anche in procinto di interpellare in proposito la Santa Sede. Ma bastò che un valente consigliere di uno dei tribunali ecclesiastici lombardi (che non possiamo qui nominare) facesse presenti alla Curia Metropolitana le idee qui sopra da noi riprodotte, perchè quei dubbii svanissero, e il pensiero di quell'interpellanza si dimettesse, come di cosa affatto superflua.

nico fino al quarto grado di computazione canonica (diversamente i §§ 65 e 66 del Codice civile generale), l'affinità nascente da concubito fuori di matrimonio, la quale si estende in diritto canonico fino al secondo grado di computazione canonica, l'adulterio, e il conjugicidio (§ 67 e 68 del Codice civile generale), i quali sono essenzialmente modificati nel diritto canonico, siccome si può vedere nei §§ 56 e 57 dell'Istruzione.

§ 5.

Rapporto in cui si trovano fra loro attualmente nell'impero d'Austria le leggi canoniche e le civili sul matrimonio dei cattolici, e corrispondentemente i tribunali ecclesiastici ed i civili.

Importa moltissimo nel porre le idee preliminari intorno all'attuale stato della legislazione matrimoniale pei cattolici vigente in Austria, delineare il rapporto in cui vi si trovano le leggi canoniche e le civili, e del pari i tribunali ecclesiastici ed i civili. Noi passiamo a studiare questo rapporto.

Dire che la legge matrimoniale 8 ottobre 1856 ha per oggetto il matrimonio dei cattolici nei suoi effetti civili, sottoposti ai tribunali dello Stato, non è abbracciare tutto il contenuto di essa, e nemmeno esprimere il punto di colleganza e di conciliazione fra la medesima, e il diritto matrimoniale canonico, poichè un'influenza esercitata sugli effetti civili del matrimonio può di sua natura reagire eziandio sull'essenza istessa di questo. La legge matrimoniale civile 8 ottobre 1856 non merita propriamente questo nome che laddove essa fa disposizioni intorno al contratto stesso di matrimonio dei sudditi austriaci cattolici, sconosciute al diritto canonico, ed è in questi punti che si può studiare e cogliere il suo rapporto colla legge matrimoniale canonica. Oltre a tali disposizioni propriamente relative al matrimonio, quella legge ne contiene di altra natura, sia intorno a punti aventi una qualche connessione col matrimonio, come quelle sulle dichiarazioni di morte ai §§ 25-27, sia intorno al contegno dei funzionarii ecclesiastici nei matrimonii, in quanto questo contegno interessa l'ordine civile, come nelle denuncie, §§ 4-19, 21, nella conclusione di matrimonii per procura, § 20, nella iscrizione dei matrimonii, o delle dichiarazioni d'invalidità dei medesimi §§ 28-30, 55, nella partecipazione al capo politico del dominio di ogni sentenza sulla validità di un matrimonio, e delle sentenze di separazione, e della riunione di conjugi separati all'istanza personale dei conjugi §§ 49, 62, 65, nel modo di formolare le sentenze di separazione, § 61, nei tentativi di componimenti amichevoli in casi di pronunciata separazione §§ 63, 64, sia intorno al rapporto fra i tribunali civili e le prescrizioni canoniche matrimoniali, come nei §§ 54, 55, e fra il giudizio matrimoniale ecclesiastico e l'istanza personale dei conjugi e l'autorità politica come nel §§ 60 e 58, sia finalmente intorno ai matrimonii misti, fra cattolici e non cattolici, siccome materia sulla quale le fonti canoniche poco dispongono, come nei §§ 19, 43-48, 56-57, 66-72. Ciò che la legge matrimoniale 8 ottobre 1856 dispone sul contratto di matrimonio consiste propriamente nello stabilimento di alcuni requisiti delle persone che lo contraggono, cui il diritto canonico non contempla, e che non possono quindi mai costituire impedimenti dirimenti, e nel sancire determinate conseguenze dannose nascenti dalla mancanza dei medesimi [1]. Tali requisiti e conseguenze si riscontrano nei §§ 4-15, 32-35, 37, 75, 76-77. Il principio da cui fu in ciò guidato il legislatore, si è che, mentre non pochi requisiti importano all'ordine civile nei matrimonii, cui il diritto canonico non riconosce, l'osservanza di essi non può venire assicurata, laddove i matrimonii al diritto canonico si sottomettono, se non con mezzi differenti dall'invalidazione del contratto matrimoniale che ne manchi, col sottoporre cioè gli inobbedienti od a qualche diminuzione dei loro diritti estranei al matrimonio, come accade nel § 32, od a restrizione dei diritti nascenti del rapporto conjugale, come accade nei § 34 e 77, o ad imperfetta trasmissione dei loro diritti ai figli procreati da cotale matrimonio irregolare, come accade nel suddetto § 34. Tutte queste sanzioni diconsi colpire gli effetti civili del matrimonio, i quali pertanto, non già l'essenza medesima del matrimonio, sono oggetto della legge matrimoniale civile (§ 52). Ma in tali sanzioni il legislatore dovette necessariamente proporsi un limite, al di là dal

[1] Si vedrà nelle annotazioni al § 69 dell'Appendice II qual caso debbano fare dei divieti matrimoniali (*verbote*) contenuti nella Legge matrimoniale civile 8 ottobre 1856, i sacerdoti che ricevono la dichiarazione del consenso con cui si conchiude il matrimonio.

quale egli si sarebbe trovato in contraddizione col diritto matrimoniale canonico. Imperocchè fra gli effetti civili del matrimonio ve ne ha qualcuno inseparabile dal matrimonio stesso, per esempio la legittimità dei figli in esso procreati; cotali effetti non possono mai mancare allorquando il matrimonio sia valido secondo la legge che ne determina i requisiti essenziali, nè si negherebbero ad un tale matrimonio, senza smentire, ed alla fine, eziandio abrogare quella legge stessa. Gli è chiaro che il legislatore austriaco, il quale diede al solo diritto canonico la podestà di decidere della validità dei matrimonii de'suoi sudditi cattolici, non potè mai apporre per sanzione a quei nuovi requisiti di essi matrimonii che a lui piacque di stabilire, se non restrizioni de' loro effetti civili non essenzialmente connessi a valido matrimonio. Tale è per verità il carattere di simili restrizioni nella legge matrimoniale austriaca dell'8 ottobre 1856, chi ben le consideri; e in tal modo si riuscì ad ottenere non che la coesistenza, la conciliazione di una legge civile sui matrimonii, colla legge canonica cattolica intorno ai medesimi.

In questi termini noi facciamo consistere la relazione intercedente fra la legge matrimoniale austriaca 8 ottobre 1856, e la legge matrimoniale canonica adottata nell' impero d'Austria. Ora dobbiamo dire del rapporto in cui si trovano attualmente in Austria i tribunali matrimoniali ecclesiastici ed i civili. In questo proposito noi adottiamo pienamente le idee esposte dal professore Schulte nel passo seguente.

« Per tutti i matrimonii, che si contraggono dal 1 gennajo 1857 in avanti, vengono in considerazione onninamente le prescrizioni del diritto canonico, pei matrimonii fino a quel giorno conchiusi, i tribunali ecclesiastici, in virtù del principio che la Chiesa deve nel suo foro applicare solamente le proprie leggi, devono applicare il solo diritto ecclesiastico. In quanto però accanto alla decisione ecclesiastica, in questo modo recata, possa trovar luogo altresì una civile, si vedrà nel § 55 della legge matrimoniale 8 ottobre 1856, e nei singoli articoli della Patente di promulgazione della medesima. All'infuori di questo caso, un giudizio civile non può sentenziare intorno alla validità di un matrimonio che nel caso del § 55 di detta legge. Se il matrimonio, di cui si tratta, fu conchiuso o continuato, vigente essa legge 8 ottobre 1856, cioè dopo il 1 gennajo 1857, il giudizio civile deve nel sentenziare, prendere esclusivamente per norma le prescrizioni del diritto ecclesiastico. In tutti gli altri casi, la quistione se un dato matrimonio sia valido, costituisce sempre pel giudice civile un punto pregiudiziale. La decisione in proposito spetta solamente al tribunale ecclesiastico matrimoniale, e la sentenza di questo, passata in giudicato, deve servire di norma incondizionatamente al giudice civile riguardo alle quistioni propriamente matrimoniali. In base alla medesima pronuncia poi il giudice civile sulle conseguenze civili del matrimonio, come diritti sui beni dei conjugi, successione dei conjugi e dei figli, ecc. Qui egli deve attenersi al Codice civile, avendo insieme riguardo a ciò, che non esista per avventura un qualche divieto della legge matrimoniale civile, e in questo caso, ponderando le conseguenze di essa. » (Op. cit., pag. 85-86 ediz. ted. Praga 1857).

§ 6.

Vigor pratico attuale del capitolo II del Codice civile generale nelle disposizioni che concernono il matrimonio dei cattolici.

Fra le disposizioni matrimoniali contenute nel capitolo II del Codice civile generale, altre riguardano il matrimonio dei cristiani in generale, altre quello in particolare fra cattolici (§ 111) o il matrimonio misto (§ 71 in fine), o quello fra accattolici (§ 115), altre finalmente il matrimonio degli ebrei (§ 125 e segg.). Di tutte queste disposizioni le prime, le seconde in quanto si applicano a confessioni cristiane diverse dalla cattolica, e le ultime, rimangono evidentemente inalterate nel pratico loro vigore dopo la promulgazione della nuova legge matrimoniale pei cattolici. Quelle invece o che si potrebbero applicare anche ai cattolici, in questa applicazione, o che risguardano esclusivamente questi ultimi non si trovano al certo nell'identico caso, dopo la promulgazione di quella legge. Egli importa qui esibire in precisi termini ciò che si deve fondatamente pensare. Dire che tutto ciò che il capitolo II contiene di applicabile al matrimonio dei cattolici, o che concerne esclusivamente questi matrimonii, non ha alcun vigore a fianco della legge matrimoniale 8 ottobre 1856, sarebbe un parlare inesattamente. Egli è bensì vero in generale, che la nuova legge matrimoniale ha sottratto il matrimonio dei cattolici alle disposizioni contenute nel capitolo II del Codice civile, ma vi sono

pure alcuni speciali casi in cui tali disposizioni od alcune di esse gli si applicano tuttavia anche dopo messa in vigore quella legge.

Questi casi sono propriamente di due specie. Altri sono espressamente indicati nella nuova legge matrimoniale stessa, che in alcuni luoghi si richiama a paragrafi del capitolo II del Codice civile, siccome vedesi nell'argomento degli sponsali (Legge matrimoniale, § 2; Codice civile, §§ 45, 46), e in quello della avvenuta fecondazione della moglie prima del matrimonio per opera d'un terzo (Legge matrimoniale, § 73; Codice civile, § 121). Altri casi sono occasionati dal passaggio dalle anteriori alle nuove leggi matrimoniali, e riguardano i matrimonii fra cattolici, o quelli misti, contratti anteriormente all'adozione dei principii del diritto canonico matrimoniale. Questa seconda specie di casi vengono contemplati dalla Patente di promulgazione preposta alla legge matrimoniale 8 ottobre 1856, e propriamente negli articoli IV, VI, VII, IX e X dei quali alcuni (articoli IV, VII) dichiarano soggetti alle disposizioni del Codice civile alcuni matrimonii contratti da cattolici sotto l'impero di questo, altri (VI, IX, X) rimandano alle disposizioni del Codice civile la decisione di certe quistioni risguardanti i matrimonii dei sudditi cattolici, anche dopo l'attivazione della nuova legge matrimoniale pei medesimi.

Egli è soltanto all'infuori di questi casi che il capitolo II del Codice civile non esercita più alcuna influenza sui matrimonii dei cattolici, dopo entrata in vigore per questi matrimonii la nuova legge 8 ottobre 1856.

Esposte queste notizie ed idee preliminari intorno allo stato ed al carattere della nuova legislazione matrimoniale pei cattolici, entrata in attività nell' impero austriaco dal 1 gennajo 1858, noi facciamo ora passaggio allo studio delle singole parti di cui quella legislazione componesi.

ARTICOLO X DEL CONCORDATO

5 novembre 1855.

Essendochè tutte le cause ecclesiastiche, ed in ispecie quelle che si riferiscono alla fede, ai sacramenti, alle funzioni sacre, non che agli ufficii e diritti inerenti al sacro ministero, siano di esclusiva spettanza del foro ecclesiastico, ne prenderà cognizione il giudice ecclesiastico, il quale pertanto giudicherà anche delle cause matrimoniali secondo i sacri canoni e specialmente secondo i decreti del concilio tridentino, non essendo rimessi al giudice secolare che gli effetti civili del matrimonio. Per ciò che si riferisce agli sponsali giudicherà l'autorità ecclesiastica, in quanto si tratti della loro esistenza e dei loro effetti impedienti il matrimonio, attenendosi alle prescrizioni del concilio tridentino, ed al Breve apostolico che comincia colle parole: Auctorem fidei.

1. Il contratto di matrimonio fu uno dei principali oggetti delle discussioni dei Padri ragunati nel concilio di Trento, e lo è pure dei decreti di questo concilio. I decreti del concilio tridentino che riguardano il matrimonio si contengono nella sess. XXIV sotto la rubrica *Doctrina de sacramento matrimonii* e sotto quella di *Decretum de reformatione matrimonii.*

2. Dopo il concilio di Trento poche furono le nuove costituzioni pontificie intorno al matrimonio, e di queste le principali concernono i matrimonii misti; noi le incontreremo nel corso di queste annotazioni.

3. Vuolsi notare che le disposizioni matrimoniali del concilio di Trento non sono obbligatorie che in quei paesi dove furono promulgate (*Decretum de reformatione matrimonii*, cap. I in fine). Questo principio può essere di pratica importanza in quei casi in cui il giudice ecclesiastico o civile austriaco debbono giudicare di matrimonii di sudditi austriaci cattolici conchiusi all'estero (vedi § 74 della Legge matrimoniale e le relative annotazioni).

4. Il capitolo X del Concordato si occupa in particolare anche degli sponsali per istabilire la competenza dei tribunali ecclesiastici a giudicare dei medesimi, intorno alla quale il concilio di Trento nulla aveva espressamente stabilito (sess. XXIV, can. 12). Questa massima giurisdizionale era stata appunto sancita la prima volta nel Breve *Auctorem fidei* (§ 58) col quale il pontefice Pio VI condannò come eretiche molte dottrine ammesse dal sinodo di Pistoja, il 28 agosto 1794 ([1]).

([1]) La proposizione concernente gli sponsali, contenuta negli *Atti del sinodo di Pistoja* era questa: *Sponsalia proprie dicta actum mere civilem continere, qui ad matrimonium celebrandum disponit, eademque civilium legum præscripto omnino subjacere.* Essa fu dichiarata nel Breve *Auctorem fidei: falsa, juris ecclesiæ quoad effectus etiam e sponsalibus vi canonicarum sanctionum profluentes læsiva, disciplinæ ab ecclesia constitutæ derogans.* (Vedi *Bullarium romanum*, Bulla *Auctorem fidei*, propos. 58.)

5. Quali debbono poi dirsi effetti di diritto civile nascenti da un matrimonio? In generale tali sono tutti i rapporti giuridici relativi o alle persone od ai beni, che dal fatto del matrimonio sono occasionati, sia fra i conjugi medesimi, sia fra questi e la loro prole legittima od illegittima. Sottostanno quindi alla competenza del foro civile le liti che hanno per oggetto i doveri dei conjugi l'uno verso l'altro, durante il matrimonio; così pure quelle che nascono dall'obbligo dei genitori di nudrire ed educare i figli loro, e quelle che da patti nuziali, o dal bisogno di regolare i diritti di ambedue i conjugi, o di uno di essi, o dei loro figli all'occasione di dichiarata nullità d'un conchiuso matrimonio, o di separazione di letto e di mensa; finalmente le quistioni che insorgono intorno alla legittimità dei figli pregiudizialmente ad altra qualunque di diritto civile. Riguardo a queste ultime vuolsi notare ch' esse non appartengono al foro ecclesiastico matrimoniale, benchè la loro decisione in altro non consista che nella applicazione della sentenza pronunciata da quel foro intorno alla validità del matrimonio, nel quale fu procreata la prole della cui legittimità si tratta; egli è appunto come applicazione di tale sentenza che quella decisione spetta al foro civile, ed entra certamente nel novero di quelle determinazioni degli effetti di diritto civile del matrimonio a riguardo dei figli, presa per norma la sentenza finale pronunciata dal competente giudizio ecclesiastico sulla validità del matrimonio, delle quali parla il capoverso primo del § 51 della Legge matrimoniale. Ciò tanto più deve dirsi al riflettere, che in qualche caso l'applicare la sentenza del tribunale ecclesiastico intorno alla validità d'un matrimonio, onde pronunziare intorno alla legittimità dei figli nel medesimo procreati, può richiedere particolari indagini, come quando, essendo stato dichiarato invalido il matrimonio, faccia mestieri, per giudicare della legittimità dei figli, decidere intorno alla non colpevole ignoranza d'uno almeno dei conjugi (vedi Legge matrimoniale, § 50) la quale decisione è dalla legge matrimoniale (§ 52) affidata al solo giudizio secolare.

PATENTE IMPERIALE

COLLA QUALE SI PROMULGA

UNA NUOVA LEGGE SUGLI AFFARI MATRIMONIALI DEI CATTOLICI

DELL'IMPERO D'AUSTRIA [1]

NOI FRANCESCO GIUSEPPE I, ecc.

All'oggetto di porre in armonia le disposizioni del Codice civile sul matrimonio dei cattolici coi precetti della Chiesa cattolica, in seguito alla Nostra Patente 5 novembre 1855 (n.° 19 del Bollettino delle Leggi dell'Impero) ed in esecuzione dell'articolo X del Nostro Concordato conchiuso colla Santa Sede, sentiti i Nostri Ministri ed il Consiglio dell'Impero, Ci siamo determinati di promulgare per l'intera Nostra Monarchia la seguente legge (Appendice I) sugli affari matrimoniali dei Nostri sudditi cattolici, in quanto tali affari appartengono alla sfera della legislazione civile, ed ordiniamo a norma generale quanto segue:

In quanto la legge matrimoniale che si promulga con questa Patente, riguardando unicamente i sudditi cattolici, deroghi a quella parte del capitolo II del Codice civile generale, che si riferisce al matrimonio dei cattolici, fu esaminato nel § 6 dell'Introduzione. Essa poi lascia sussistere in pieno vigore, come ivi fu detto, quanto nel Codice civile generale si dispone intorno al matrimonio degli acattolici e degli ebrei. Tale non è inoltre propriamente una legge sul *matrimonio* dei cattolici, ma bensì sugli *affari matrimoniali* dei cattolici, cioè sugli *effetti civili* di quel matrimonio, siccome è chiarito dall'articolo X del Concordato, a cui il legislatore in questo passo di legge si riferisce.

Art. I.

Col primo gennajo 1857, nel qual giorno entrano in attività i Giudizii ecclesiastici matrimoniali in quei luoghi dove non sono ancora istituiti, incomincia anche l'efficacia della presente legge nel pieno suo tenore.

Ai Giudizi matrimoniali ecclesiastici acattolici, conservati in alcune parti del Nostro Impero colle Nostre Patenti 16 febbrajo e 5 luglio 1855, numeri 50 e 129 del Bollettino delle Leggi dell'Impero, non è però tolto a termini dei §§ 56 e 57 di questa legge, di continuare fino ad ulteriori

[1] La primitiva versione ufficiale italiana tanto di questa Patente, quanto della Legge matrimoniale venne corretta in molti luoghi della Notificazione della Luogotenenza di Lombardia 26 dicembre 1857. Il testo da noi riferito è conforme a questa Notificazione. Avremo però occasione di avvertire nel corso di queste annotazioni che alcune altre inesattezze, non insignificanti nella interpretazione ed applicazione della legge, rimangono tuttavia in quella versione.

2

disposizioni, nel loro ufficio, secondo le norme e consuetudini legali per essi vigenti.

1. Il vigore della legge matrimoniale venne da questo articolo fatto cominciare più tardi del tempo che sarebbe prescritto in generale pel vigore di tutte le leggi pubblicate nel Bollettino dell'Impero, dalla Patente imperiale 27 dicembre 1852. Questa circostanza si mostrerà importante specialmente al § 55, capoverso 2.

2. Quali tribunali civili sono chiamati a far valere la legge matrimoniale civile? In generale rispondiamo che vi sono chiamati quelli che nei singoli casi appajono competenti secondo i principii comuni intorno alla giurisdizione. Questo avviso è specialmente confermato dalla circostanza, che le trattazioni intorno alla nullità, od allo scioglimento dei matrimonii, ed alla separazione di letto e di mensa, che ora spettano in Austria ai tribunali ecclesiastici, erano le sole per le quali la norma di giurisdizione del 20 novembre 1852 (1) costituiva un foro obbligatorio particolare (§ 14 *a*). Fanno però eccezione a questa regola i casi nei quali la legge matrimoniale istessa stabilisce delle regole di competenza, come si vede, p. es., al § 23.

Art. II.

A cominciare dal giorno in cui la presente legge entra in vigore, i Giudizii secolari (civili e militari) si atterranno alle sue disposizioni negli affari da essa a loro demandati. Si osserveranno per altro nello stesso tempo le norme più precise stabilite da questa Patente a riguardo dei matrimonii conchiusi dai sudditi cattolici avanti il primo gennajo 1857.

1. Le norme a cui si riferisce il periodo secondo di questo articolo si contengono nei successivi articoli VI, VII, VIII, IX, X.

Art. III.

Le pene e i pregiudizii legali ond'è comminata la contravvenzione ai divieti di matrimonio stabiliti in questa legge, non sono applicabili ai matrimonii conchiusi avanti il primo gennajo 1857; ma per quelle contravvenzioni che fossero per avventura state commesse nella conclusione del matrimonio, si procederà a norma delle leggi finora vigenti. Sono tuttavia eccettuate le disposizioni del § 34, il quale ha valore anche pei matrimonii contratti sotto il Dominio della legge matrimoniale civile.

1. L'inosservanza dei divieti matrimoniali contenuti nella legge matrimoniale trae seco per questa legge ora pene, ora pregiudizii giuridici; delle prime tratta il § 35 di essa legge, dei secondi porgono esempio i §§ 32, 33, 34, 77.

2. Le pene comminate all'inosservanza dei divieti della legge matrimoniale non si applicano ai matrimonii conchiusi prima del 1 gennajo 1857, perchè le medesime sono, come vedesi nel § 75 della Legge matrimoniale, quelle stesse comminate dal § 507 del vigente Codice penale, ma questo paragrafo contempla veri e proprii impedimenti (*Hindernisse*) non meri divieti (*verbote*), quali sono quelli della legge matrimoniale.

3. La ragione per cui in questo articolo si dichiarano applicabili le disposizioni del § 34 della Legge matrimoniale anche ai matrimonii conchiusi avanti il 1 gennajo 1857, si è che le conseguenze che in quel paragrafo si attribuiscono ad un matrimonio contratto fra adulteri, scendono affatto naturali dalla nullità di un tal matrimonio in faccia alla legge civile, quale era riconosciuta anche dal § 67 del Codice civile generale, se non che questo Codice non ebbe occasione di esprimerle, come le esprime la nuova legge matrimoniale, perchè nel primo non vi ha distinzione fra la nullità di un matrimonio quanto ai suoi effetti civili, e quella del medesimo quanto alla sua essenza, quale è stabilita nel § 34 della seconda. D'onde consegue che il § 34 della Legge matrimoniale si presenta semplicemente come dichiarativo del § 67 del Codice civile generale.

Art. IV.

Quanto alla validità dei matrimonii conchiusi sotto il dominio della legge civile sul matrimonio, ma sciolti per morte già prima ch'entri in

(1) Ora in generale abrogata in tale sua disposizione dall'articolo XIII di questa Patente.

vigore la presente legge, decideranno anche per l'avvenire i Giudizii secolari a norma delle leggi finora esistenti, e secondo queste verrà determinato l'effetto legale di tali sentenze.

1. La ragione di questo articolo sta nel principio della non retroattività di una legge nuova, combinato coll'altro, che i giudizii ecclesiastici non possono mai giudicare intorno al matrimonio con leggi differenti dalle ecclesiastiche. Lo Schulte (*Erläut.*, pag. 168), afferma il contenuto di questo articolo essere analogo a quello del § 55 della Legge matrimoniale, ma s'inganna, io credo. Quel paragrafo non sancisce già la massima che un matrimonio conchiuso dopo il 1 gennajo 1857 e sciolto dalla morte dei conjugi, non possa essere dichiarato valido od invalido che dal foro civile, come il precedente articolo IV stabilisce pei matrimonii conchiusi e sciolti dalla morte, vigendo ancora le prescrizioni matrimoniali del Codice civile generale. Esso sancisce solamente che della validità di un tal matrimonio debba decidere il giudizio civile, allorquando tale decisione sia pregiudiziale ad una contesa di diritto civile. Ognun comprende che oltre questo scopo, per altri eziandio può tornar necessario il far portare decisione intorno alla validità d'un matrimonio conchiuso fra persone defunte, come, per esempio, per decidere intorno all'esistenza di un impedimento d'affinità. Ora in tutti questi altri casi il § 55 della Legge matrimoniale non esclude che un giudizio diverso dal civile, ovvero il giudizio ecclesiastico, sia chiamato a decidere, che anzi ammette implicitamente il contrario nel primo suo alinea, chi lo legga con attenzione.

2. Ciò che questo articolo dispone pel caso di matrimonio sciolto di fatto per morte devesi applicare eziandio ad un matrimonio legalmente sciolto per dichiarazione di morte già passata in giudicato (Maro, *Sfera d'attribuzione dei giudizii civili in affari matrimoniali dei cattolici dopo il 31 dicembre* 1856; Gazzetta dei tribunali di Milano, 1857, pag. 419).

Art. V.

Riguardo a quei matrimonii che furono dichiarati invalidi dal Giudizio civile, continuano bensì ancora le conseguenze di diritto derivanti da una tale sentenza giusta le leggi attualmente vigenti; ma se l'impedimento in forza del quale fu pronunciata l'invalidità è estraneo alla legge ecclesiastica, un cattolico non può assolutamente passare ad altro matrimonio prima della morte dell'altro conjuge: ed un cristiano acattolico lo può soltanto con una persona non cattolica, sotto comminatoria della pena stabilita dal § 35.

1. In questo articolo si parla di matrimonii dichiarati invalidi dal foro civile per impedimenti sconosciuti al diritto canonico prima dell'introduzione delle nuove leggi matrimoniali. Questi matrimonii che, vigendo il diritto matrimoniale del Codice civile generale, sarebbero stati, in virtù di quella dichiarazione, privi dei loro effetti, tanto relativamente ai beni, quanto relativamente al vincolo conjugale; ora, sostituito a quel diritto il canonico, dei primi soltanto debbono andar privi, rivivendo veri e validi matrimonii rispetto ai conjugi stessi. Tale è uno dei pochi casi di *perfetta* opposizione fra il diritto civile intorno ai matrimonii e il diritto matrimoniale canonico, nel nuovo sistema giuridico matrimoniale dell'Austria. Vi ha in esso certamente una violazione del principio della non retroattività delle leggi, ma in pari tempo una inevitabile conseguenza dell'essersi posta in vigore una legge matrimoniale emanata da una autorità diversa dalla civile, e che reputa eterne ed immutabili le sue disposizioni intorno al matrimonio, come intorno a molti altri oggetti.

2. Ciò che questo articolo dispone intorno al nuovo matrimonio di conjugi la cui unione fu dichiarata invalida sotto le circostanze da esso contemplate, è conforme da una parte al principio che il matrimonio valido dei cattolici non si discioglie che colla morte, dall'altra al principio che la sentenza d'invalidità di un matrimonio misto, pronunciata in conformità al Codice civile generale, non può essere rivocata in confronto del conjuge acattolico pel solo oggetto di una legge posteriore, comunque retroattiva, la quale però non riguarda che i cattolici. Identiche a queste e suggerite dagli stessi motivi erano state emanate disposizioni anche anteriormente a questa legge. Vedi più avanti nota (2) a pag. 28, e nota (1) a pag. 29.

Art. VI.

Per la legittima riunione di quei conjugi, il cui matrimonio, valido per la legge canonica, fu dichiarato invalido dal giudice secolare, non è necessario un nuovo contratto di matrimonio. La riunione dei conjugi ristabilisce gli effetti civili del matrimonio, ma non fa rivivere i patti nuziali.

Affinchè poi la nuova unione abbia a valere siccome legittima, si richiede:

a) *che il giudice ecclesiastico dichiari sussistente il matrimonio;*

b) *che ambidue i conjugi dichiarino a protocollo avanti al giudice ordinario la loro risoluzione di volersi riunire;*

c) *che sia tolto il motivo pel quale fu pronunciata l'invalidità civile.*

Gli atti relativi saranno rassegnati in via d'ufficio alla suprema Corte di Giustizia, la quale, ove nulla siavi in contrario, revocherà la precedente sentenza.

La riunione non si considera legittima che in seguito a questo giudicato. Tuttavia i suoi effetti incominciano col giorno della dichiarazione fatta in giudizio. La morte dei conjugi che fosse nel frattempo avvenuta non impedisce la decisione della Corte Suprema di Giustizia e gli effetti che ne conseguono.

1. Questo articolo si riferisce evidentemente a quegli stessi matrimonii dei quali trattò l'articolo precedente. Come siffatti matrimonii già dichiarati invalidi dal giudice civile sono invece ancor validi in faccia al giudice ecclesiastico, sottentrato al primo, così la riunione dei conjugi disgiunti in virtù di quella dichiarazione non può avere certamente pel giudice ecclesiastico l'aspetto di rinnovato matrimonio, siccome appunto dispone il primo periodo di questo articolo. Come poi il diritto ecclesiastico è il solo da cui ora si regoli il matrimonio de' sudditi austriaci cattolici, così egli è pur evidente che a far rivivere civilmente i matrimonii in discorso, civilmente nulli, il più che si possa pretendere si è quella riunione dei conjugi, della quale si è detto testè non essere canonicamente una rinnovazione di matrimonio. E ciò appunto dispone questo articolo nel secondo suo periodo. Il quale poi eccettua dagli effetti civili del matrimonio per tal guisa civilmente rinnovato il ristabilimento dei patti nuziali, perchè questi *patti* appartenevano ad un matrimonio civilmente distinto da quello in cui i conjugi vivono dopo la loro riunione. Questo motivo riceve conferma da quanto si dice verso il fine dell'articolo, intorno agli effetti della dichiarazione fatta dai conjugi in giudizio di nuovamente riunirsi.

2. La riunione dei conjugi deve essere accompagnata da certe circostanze perchè valga pel foro civile come rinnovazione del matrimonio. Queste circostanze sono enumerate alle lettere *a*, *b*, *c*, di questo articolo, delle quali le prime due riguardano soltanto le formalità esteriori, e la terza è pienamente giustificata dal punto di vista sotto il quale la riunione in discorso è considerata nel foro civile, cioè di vera rinnovazione di un matrimonio, dapprima invalido per un impedimento del diritto civile. Dicendosi alla lettera *c* che il motivo pel quale l'invalidità civile era stata dichiarata debba essere cessato, ciò non vuolsi certamente ritener necessario in quei casi in cui la cessazione dell'impedimento fosse per avventura impossibile. Tale potrebbe essere il caso dell'impedimento civile dell'adulterio contemplato dal § 67 del Codice civile generale. Del resto la cessazione di cui qui si discorre può essere tanto naturale, quanto cagionata da dispensa; e quando la dispensa è inammissibile, come nel caso di difetto di consenso di terze persone, p. es., del padre legittimo, del superiore militare (Dolliner, *Das österr. eherecht*, vol. II, pag. 90, 94) può aver luogo mediante successiva ratiabizione, la quale può all'uopo ottenersi anche in via giudiziale. (Harum, *Ueber das Eherecht der Katholiken, Haimerl's oesterr. vierteljahrsschrift*, vol. I, pag. 43).

3. Quanto si dispone in sul fine dell'articolo intorno al decorso degli effetti civili della riunione dei conjugi, sottostà in pratica a qualche eccezione. Si è già notato in questo stesso articolo un caso in cui la disposizione in discorso veramente si applica,

quello cioè dei patti nuziali: ma si dovrà dire lo stesso quanto alla legittimità pei figli nati dal matrimonio civilmente invalido, prima della riunione dei conjugi? E cioè rimarranno questi figli illegittimi, anche dopo la riunione, se per avventura essi furono dichiarati tali allorquando il matrimonio da cui nacquero venne invalidato? A noi non sembra; ma crediamo invece, che la riunione dei conjugi, avendo, come si è notato dissopra, in faccia al foro civile, il carattere di nuovo matrimonio, quanto ai civili effetti di questo, possa quindi anche conferire i diritti della prole legittima alla prole già procreata durante il matrimonio dichiarato invalido, per una specie di *legittimazione per matrimonio susseguente.* Laonde almeno con questa limitazione vogliosi intendere le disposizioni finali di questo articolo ([1]).

4. Il principio stabilito nell'ultimo periodo di questo articolo si connette essenzialmente a quello stabilito nel periodo precedente, che gli effetti della decisione della Corte Suprema di Giustizia, che annulla la primitiva dichiarazione di invalidità, si ritraggono al giorno della dichiarazione giudiziale dei conjugi di volersi riunire.

5. Si può domandare se il contenuto di questo articolo applichisi solamente ai matrimonii conchiusi fra conjugi ambedue cattolici, ovvero tanto a questi, quanto ai matrimonii misti. A noi pare che di buone ragioni facciano apparir vera la seconda opinione, non quindi la prima. In vero, egli è principio che i dettami del diritto canonico cattolico matrimoniale si applichino tanto al matrimonio conchiuso fra soli cattolici, quanto al matrimonio misto, dal che discende che anche tutte le conseguenze di quei dettami si applichino egualmente all' un matrimonio ed all' altro, fra le quali conseguenze vuolsi annoverare appunto anche il ripristinamento del legame conjugale di cui parla il presente articolo. E pertanto anche un matrimonio misto dichiarato invalido dal tribunale civile prima del 1 gennajo 1857, ma per un motivo non riconosciuto dal diritto canonico, deesi ritenere come tuttavia valido dopo quell'epoca. Gli effetti civili di un tale matrimonio si restituiscono certamente al pari di quelli di un matrimonio fra soli cattolici, mediante la riunione di cui in questo articolo si tratta coi requisiti ch'esso vi appone. Ciò tanto più dicasi, dacchè la causa di tale restituzione è propriamente il consenso medesimo del conjuge acattolico a quella riunione.

Art. VII.

La legge seguente non è applicabile a quelle unioni matrimoniali, che sotto l'osservanza delle leggi sul così detto matrimonio civile esistente per l'addietro in alcune parti della Monarchia, furono contratti in una forma che non corrisponde alle condizioni necessarie per la validità ecclesiastica. Ciò vale anche pei matrimonii conchiusi dai nostri sudditi cattolici all'estero prima ch'entri in vigore questa legge, in forma tale che corrisponda bensì alle leggi dello Stato nel quale fu conchiuso il matrimonio, ma non ai precetti della Chiesa. Questi matrimonii rimangono ancora soggetti alla giurisdizione del foro civile. Una sentenza del giudice ecclesiastico, la quale dichiari invalidi tali matrimonii, non influisce per nulla sulle conseguenze di diritto civile.

1. Mentre i due precedenti articoli trattano di matrimonii dichiarati invalidi, vigendo il diritto matrimoniale civile, e validi invece in diritto matrimoniale canonico, il presente articolo e il susseguente trattano invece di un caso contrario, cioè di matrimonii validi pel diritto civile e in diritto canonico invalidi per mancanza delle debite forme nella loro conchiusione. Ciò che questo articolo VII dispone intorno a'medesimi non riguarda che il foro competente.

2. Quale è propriamente il foro civile a cui allude questo articolo, pei matrimonii di cui esso tratta? Sembra che in ciò si debbano seguire ancora le norme di giurisdizione civile, laddove determinano quale sia il foro matrimoniale, poichè queste disposizioni delle medesime sono poste fuori di vigore soltanto in generale dall'articolo XIII di questa stessa Patente. E nel Lombardo Veneto decide qui il § 14 *a*) della Norma di giurisdizione civile 20 novembre 1852. Dicendo poi questo articolo che i matrimonii di cui

([1]) Il dott. Harum (Haimerl, op. cit.) è qui di opinione differente: egli crede che i figli non si debbano considerare *legittimati*, ma *originariamente legittimi.*

esso si occupa « rimangono sotto la giurisdizione del foro civile, » nè soggiungendo a queste espressioni alcuna restrizione, non vi ha dubbio che la competenza di detto foro intorno ai medesimi si estenda a tutte quante le controversie matrimoniali, che risguardano sia la continuazione o l'annullamento del matrimonio, sia la separazione di letto e di mensa.

3. Questo articolo distingue due specie di matrimonii validi in diritto civile, e invalidi in diritto ecclesiastico per difetto di forma nella loro conchiusione; il matrimonio civile conchiuso in alcune provincie dell'Impero, e il matrimonio contratto da cittadino austriaco cattolico in paese straniero, nelle forme volute dalle leggi del luogo, ma non per avventura approvate dalla Chiesa. Ambedue poi queste specie di matrimonio si riferiscono unicamente a casi accaduti prima dell'attivazione della nuova legislazione matrimoniale. Non vuolsi qui omettere di osservare che il legislatore non avendo esteso le disposizioni di questo articolo a matrimonii contratti dai sudditi austriaci cattolici all'estero dopo l'attivazione della nuova legislazione matrimoniale austriaca in una forma corrispondente bensì alle leggi del paese, ma non permessa dalla Chiesa, suppose che di siffatti matrimonii non possano mai aver luogo in avvenire. Ciò tanto più dicasi, dacchè anche il § 74 della Legge matrimoniale permettendo ai sudditi austriaci cattolici di contrarre matrimonio in estero paese nelle forme ivi prestabilite al matrimonio dei cattolici si fonda indubbiamente sul supposto, che tali forme non possano essere contrarie alle leggi ecclesiastiche, e quindi ove anche non coincidano colle prescrizioni tridentine per non essere le medesime state promulgate in quel paese, cionnonostante siano state dalla Chiesa specialmente approvate. Tuttavia una tale supposizione non deve già per sua natura avverarsi sempre, ma tutt'al più soltanto nella maggior parte dei casi. Qualche caso è possibile ancor dopo l'attivazione delle nuove Leggi matrimoniali austriache, come lo era prima di esse, in cui un cittadino austriaco cattolico abbia contratto matrimonio in estero stato secondo le forme ivi ricevute pel matrimonio dei cattolici, ma non per avventura conformi alle prescrizioni tridentine, nè altrimenti acconsentite dalla Chiesa. Non v'ha dubbio che un matrimonio così contratto non potrà essere considerato come valido da nessun giudizio matrimoniale ecclesiastico; ma il giudice civile austriaco in qual modo si condurrà relativamente al medesimo? A tale quesito pratico noi crediamo che l'attuale legislazione matrimoniale austriaca, nè in questo passo nè in altro, non fornisca elementi per rispondere. Vi ha qui una lacuna nella legge, cui deve compiere non tanto l'interpretazione dottrinale, quanto l'autentica del legislatore.

4. I paesi della Monarchia Austriaca nei quali potevasi per lo addietro conchiudere matrimonio civile sono quelli nei quali fu in vigore il Codice di Napoleone, cioè la Lombardia, la Dalmazia, parte dell'Istria, e Cracovia, nella quale ultima il matrimonio civile fu in vigore fino al 20 aprile 1852.

5. Non v'ha dubbio che questo articolo si applichi tanto ai matrimonii conchiusi fra soli cattolici, quanto ai misti, essendo per gli uni e per gli altri egualmente necessaria la *forma concilii tridentini*.

6. Ciò che si dice al fine di questo articolo viene necessariamente limitato da quanto dispone l'articolo successivo.

Art. VIII.

Se un individuo conjugato nel modo ora detto (art. VII) *ottiene dal Giudizio matrimoniale ecclesiastico la dichiarazione che il consorzio in cui vive non è matrimonio a termini delle leggi della Chiesa, e non è per sua colpa che tale unione non possa essere santificata, verrà a di lui istanza pronunciato dal Giudizio secolare lo scioglimento del matrimonio civile.*

I rapporti relativi ai beni si regoleranno in questo caso secondo il § *48 della presente legge, in quanto non abbia luogo una convenzione delle parti.*

1. Come un matrimonio invalido secondo il Codice civile e valido in diritto canonico può ridiventare valido matrimonio anche in diritto civile, co' suoi civili effetti (art. VI), così per converso un matrimonio valido civilmente e canonicamente invalido per difetto delle canoniche forme nella sua conclusione, può sciogliersi anche ci-

vilmente, cessando tutti i suoi effetti civili. E come nel primo caso l'invalidità civile non si sana *ispo jure*, ma per opera delle parti stesse (mediante la loro riunione), così del pari nel secondo non cessa la civile validità che per opera di una delle parti, che ne faccia regolare istanza al giudizio civile. Ciò dispone il presente articolo. Altra differenza formale non vi ha tra l'un caso e l'altro se non in ciò che nel primo si richiede il concorso di ambedue i conjugi a sanare l'invalidità civile del matrimonio, mentre nel secondo può bastare l'istanza di un solo a provocarne lo scioglimento.

2. I requisiti necessarii affinchè in base all'invalidità canonica per inosservanza delle debite forme, di un matrimonio valido secondo il Codice civile si possa far tenere dietro anche lo scioglimento del medesimo riguardo ai civili suoi effetti, sono in virtù del presente articolo i seguenti: *a*) ottenuta dichiarazione del tribunale ecclesiastico matrimoniale, che l'unione conjugale di cui si tratta non sia vero matrimonio in diritto canonico; *b*) nessuna omissione dal canto del conjuge che domanda lo scioglimento del matrimonio civile di ciò che poteva condurre alla santificazione dell'unione, cui manca la vera forma matrimoniale canonica ([1]); *c*) presentazione di un'istanza al foro civile, onde ottenere lo scioglimento del matrimonio civile. Non vi ha dubbio che a questa istanza devonsi allegare prove dell'esistenza dei due primi requisiti. Il primo di questi si prova collo stesso pubblico documento, su cui sta la dichiarazione di invalidità del matrimonio, pronunciata dal tribunale ecclesiastico matrimoniale; il secondo parimenti mediante certificato d'ufficio del giudizio ecclesiastico matrimoniale, cui debito è sempre sulla dichiarazione di un conjuge di prestarsi alla santificazione della unione contratta senza la debita forma, citare e sentire l'altro conjuge (Schulte, op. cit., pag. 174).

3. L'espressione *matrimonio civile* adoperata nel primo capoverso di questo articolo non esclude che il medesimo si applichi anche alla seconda specie di matrimonii validi soltanto in faccia al foro civile, non anche in faccia al foro ecclesiastico, per difetto di forma, di cui parla il precedente articolo VII. A quell'espressione corrispondono nel testo tedesco le parole *bürgerliche Ehe*, le quali hanno un senso meno speciale di quello della parola *civilehe*, usata nell'articolo VII, o *matrimonio civile*, propriamente detto. Desse esprimono propriamente l'idea generica di matrimonio valido soltanto davanti al foro civile, e per noi qui soltanto ne' suoi effetti civili.

4. Quale sarà il giudizio civile competente per lo scioglimento del matrimonio civile di cui parla questo articolo? A noi sembra che debba essere quel giudizio medesimo a cui sarebbero stati sottoposti i matrimonii di cui questo articolo si occupa, se nessuna eccezione si fosse mossa ai medesimi per difetto di canoniche forme (vedi articolo VII). E pertanto noi crediamo che nel Lombardo-Veneto tale competenza spetti a quello stesso giudizio che abbiamo già indicato nella nota 2 all'articolo precedente.

5. La disposizione contenuta nel primo capoverso di questo articolo, tuttochè non concerna che una quistione di forma del matrimonio, non contraddice però meno al principio della non retroattività delle leggi. Oltracciò in ambedue i casi distinti da quest'articolo si autorizza una sola delle parti a rescindere un contratto conchiuso per consenso di ambedue. Ma questi certamente gravi difetti non rendevano meno necessaria una tale disposizione, dopochè si era adottata una legislazione matrimoniale, come la canonica, i cui principii non subiscono per loro natura limitazione alcuna nè di tempo, nè di luogo. Vuolsi però avvertire che in pratica pochissmi sono i casi in cui questo articolo può trovare applicazione, e ciò attenua la stessa gravità dei suoi difetti teorici. Imperocchè, appunto perchè la quistione sciolta in questo articolo è tutta di forma, e l'invalidità di matrimonii civilmente validi, pel difetto delle forme canoniche, è sanabile, non appena la parte contro cui tale invalidità si vorrebbe far valere, prestisi come l'altra alla santificazione di loro unione, lo scioglimento del matrimonio civile ammesso da questo articolo non è meno improbabile nella maggior parte dei casi, di quello che lo sia che nei medesimi alcuno dei conjugi abbia ad opporre difficoltà veruna a quella santificazione. Ciò pure opina lo Schulte (loc. cit.).

6. Gli effetti dello scioglimento del matrimonio civile di cui si parla nel capoverso primo di questo articolo si riassumono evidentemente nella dissoluzione di tutti i patti nuziali, l'esistenza dei quali è naturalmente legata a quella del vincolo matrimoniale ([2]).

([1]) A questa condizione non soddisfarebbe certamente quel conjuge il quale avesse resa impossibile la santificazione del matrimonio, p. es., deponendo i voti solenni (Harum, op. cit., pag. 45).

([2]) Tale è pure l'opinione del dott. Harum (op. cit., pag. 47-49) il quale ne fornisce anche un'ampia dimostrazione. Egli però ritiene applicabile a questo caso il § 1266 del Codice civile.

Non può qui applicarsi alcuna delle disposizioni contenute nel § 1266 del Codice civile, come quelle che si riferiscono soltanto a matrimonii conchiusi fra acattolici, e d'altronde l'asserzione precedente discende abbastanza sicura dalla natura stessa della cosa. Tuttavia il capoverso secondo di questo articolo apporta alla medesima una limitazione, col richiamarsi al § 48 della Legge matrimoniale, e cioè ammette che sotto certe circostanze e limitazioni in quel paragrafo esposte, un conjuge il cui matrimonio civile sia stato disciolto in virtù di questo articolo, possa tuttavia pretendere dall'altro un decente mantenimento.

7. Quale influenza esercita la dichiarazione d'invalidità del matrimonio, di cui parla questo articolo, sulla legittimità e sui diritti dei figli già nati durante il medesimo? A questa domanda relativa ad un caso affatto estraneo al Codice civile, non si saprebbe in nessun modo rispondere coi principii del capitolo III del medesimo. Ma la risposta è data dal secondo capoverso di questo articolo, il quale si riferisce tacitamente anche in questo proposito al § 48 della Legge matrimoniale. Da questa citazione risulta che dei rapporti di diritto civile di quei figli si debba decidere, come se avesse avuto luogo lo scioglimento del matrimonio (cioè del vincolo matrimoniale). Ciò equivale al dire che i figli medesimi abbiano a ritenersi legittimi, e spettino quindi loro tutti i diritti della nascita legittima. Questa prescrizione è evidentemento analoga al disposto del primo periodo del § 50 della Legge matrimoniale, ed a quello corrispondente del § 160 del Codice civile, ed altresì al diritto canonico da cui ricevono conferma le disposizioni di quei paragrafi intorno alla legittimità dei figli (Maro, *Sfera di attribuzione dei giudizii civili in affari matrimoniali dei cattolici dopo il* 31 *dicembre* 1856. Gazzetta dei tribunali di Milano 1857, pag. 419; Kutschker, *Das Eherecht der Katolischen Kirche*, vol. V, pag. 400).

8. In virtù di un principio che abbiamo già accennato nella nota 5 all'articolo VI, di quello cioè che i matrimonii misti vanno regolati dalle istesse leggi da cui i matrimonii fra soli cattolici, non vi ha dubbio che il difetto delle forme canoniche matrimoniali di cui tratta questo articolo sia causa di invalidità così nell'una specie di matrimonii, come nell'altra. Senonchè egli è evidente che la relativa dichiarazione di invalidità non può ottenersi dal tribunale ecclesiastico matrimoniale cattolico che dal solo conjuge cattolico, non anche dall'acattolico. Quanto poi agli effetti civili che questo articolo insegna potersi accordare dal tribunale civile, in base alla dichiarazione d'invalidità del matrimonio emessa dal tribunale matrimoniale, l'applicazione loro anche ai matrimonii misti non s'addimostra necessaria coll'eguale chiarezza. Sembra sulle prime poco equo l'ammetterla, perchè la dichiarazione d'invalidità del matrimonio che le servirebbe di base, come cagionata dall'adozione di nuovi principii giuridici cattolici, trae in certo modo la sua prima origine piuttosto dal conjuge cattolico che dal conjuge acattolico, il quale ultimo non ne dovrebbe quindi sentir pregiudizio. Oltracciò l'articolo X successivo sembra concepito in uno spirito poco conciliabile con siffatta applicazione, come quello che riserva al conjuge acattolico in un matrimonio misto conchiuso prima dell'adozione del diritto matrimoniale canonico le facoltà di far valere in onta al diritto canonico un impedimento a questo sconosciuto, e che sussisteva all'atto della conclusione del matrimonio in conformità alla legge civile, per domandare lo scioglimento di quello, mentre in quella applicazione invece il conjuge acattolico soccomberebbe all'azione retroattiva del diritto canonico sul suo matrimonio contratto secondo le cessate legge civili, senza poter opporvi nessuna resistenza. Ciò nonostante l'avviso opposto pare a noi che possa venire adottato a miglior ragione, dicendosi, che anche nei matrimonii misti, il conjuge cattolico, il quale abbia ottenuto la dichiarazione d'invalidità di cui parla l'articolo VIII, possa domandare al foro civile lo scioglimento del matrimonio quanto ai suoi effetti civili, nel modo e nei termini ivi indicati. Invero a questa opinione conduce l'analogia che v'ha fra il caso dell'adozione della nuova legge matrimoniale canonica valida anche per matrimonii misti conchiusi durante l'impero della cessata legge matrimoniale civile, e quello della conversione d'un conjuge acattolico al cattolicismo in un matrimonio quandochessia conchiuso fra soli acattolici, contemplato dal § 44 della Legge matrimoniale. Tanto nel primo quanto nel secondo caso i dettami del diritto matrimoniale canonico-cattolico vengono ad influire su di un matrimonio contratto sotto una legge diversa, e in ambedue i casi quei nuovi dettami possono dare al conjuge cattolico argomenti di far dichiarare invalido il suo matrimonio, quali non gli avrebbe fornito quella legge primitiva. Ora, come nel caso di passaggio di un conjuge acattolico alla religione cattolica in un ma-

trimonio conchiuso fra acattolici, il conjuge convertito può, dopo ottenuta dichiarazione d'invalidità del suo matrimonio in base ai principii del diritto matrimoniale canonico cattolico, domandare che i rapporti civili nascenti dal matrimonio stesso siano regolati come se questo fosse stato sciolto (Legge matrimoniale, § 46), così del pari questa facoltà di domandare lo scioglimento del matrimonio quanto ai suoi effetti civili deve spettare al conjuge cattolico in un matrimonio misto, che sia stato dichiarato invalido in base ai dettami del diritto matrimoniale canonico cattolico, venuti in luogo della prisca legislazione matrimoniale civile abrogata ([1]). Codesta argomentazione analogica ci sembra molto persuasiva. Contro di essa l'articolo X, succitato di questa Patente non può fornire efficace obbiezione. Tanto più che questo articolo può venir posto in qualche relazione colla precedente interpretazione, supponendo che il legislatore, coll'adottare il diritto matrimoniale canonico-cattolico non abbia inteso meno di permettere ai conjugi acattolici nei matrimonii misti, contratti sotto l'antecedente legislazione, di provocare lo scioglimento di tali matrimonii nei loro rapporti civili, in base a motivi ammessi dall'antica legge, e non dalla nuova, di quello che di accordar facoltà ai conjugi cattolici in quei matrimonii stessi di provocare lo scioglimento civile dei medesimi in base a motivi ammessi dalla nuova legge e non dall'antica.

Art. IX.

Se ad un matrimonio contratto conformemente alle prescrizioni della legge civile vigente all'epoca in cui fu conchiuso, ostasse un impedimento canonico indissolubile, e fosse perciò dichiarato invalido dal Giudizio ecclesiastico, una tale sentenza non avrà effetto relativamente alle azioni di diritto meramente civile se non dal momento che uno dei conjugi ne avrà chiesta l'esecuzione al competente giudice secolare. Spetterà poi al giudice civile il decidere se il matrimonio, di che si tratta, sia stato conchiuso di conformità alle prescrizioni del Codice civile generale. I rapporti di diritto dei conjugi e dei figli che da loro fossero nati, si regolano anche in questo caso secondo le disposizioni del § 48.

1. Ciò che i due articoli precedenti hanno stabilito intorno ai matrimonii contratti validamente secondo il Codice civile, e canonicameute invalidi, per difetto incorso nella forma di loro conclusione, stabilisce ora questo articolo per tali matrimonii, quando essi appajano invalidi canonicamente a motivo di un impedimento che alla loro conclusione ostava.

2. In che cosa propriamente consiste l'efficacia della dichiarazione d'invalidità di cui tratta questo articolo sulle pretese di mero diritto civile nascenti dal matrimonio? L'ultimo periodo di questo articolo si riferisce al pari di quello del precedente al § 48 della Legge matrimoniale, ma da questo riferimento non si può indurre che eziandio nel presente articolo come nel precedente all'invalidazione del matrimonio debba tener dietro lo scioglimento civile del medesimo ([2]). Non esprimendosi in proposito il legislatore, bisogna ammettere che gli effetti civili della dichiarazione d'invalidità contemplata dall'articolo presente debbansi regolare secondo il § 1265 del Codice civile, che tratta in generale dell'influenza delle dichiarazioni d'invalidità dei matrimonii sui patti nuziali e sulla divisione della sostanza dei conjugi. Il § 48 della Legge matrimoniale diventa un complemento di quel paragrafo del Codice civile, nella sua applicazione pratica al caso di questo articolo, vi aggiunge cioè una disposizione intorno alla condizione giuridica dei figli che non si sarebbe potuta desumere dal § 160 di quel Codice, come abbiamo già osservato sotto l'articolo precedente (numero 7).

([1]) L'analogia qui notata fra il caso dei matrimonii misti contratti vigente il diritto matrimoniale del Codice civile, al sopraggiungere delle nuove leggi matrimoniali canoniche, e il caso contemplato dal § 44 della Legge matrimoniale importerebbe che lo scioglimento del matrimonio per effetto della nuova legge producesse nel primo caso le stesse conseguenze civili, che pel secondo stabiliscono i §§ 46 e 47 della Legge matrimoniale. Ora, questa parità di trattamento è appunto ottenuta, se si applichi anche ai matrimonii misti il presente articolo VIII della Patente di promulgazione, perchè questo articolo, quanto alle conseguenze civili dello scioglimento del matrimonio si riferisce al § 48 della Legge matrimoniale, le cui disposizioni in proposito non si discostano essenzialmente dalle anzidette dei §§ 46 e 47.

([2]) Così pensa anche il dott. Harum (op. cit., pag. 51).

Perchè poi cotali effetti di diritto civile conseguano alla dichiarazione d'invalidità di cui discorriamo, non fa mestieri che il giudizio civile abbia pronunciato egli pure l'annullamento del matrimonio, come deve pronunciare lo scioglimento nei casi contemplati dall'articolo precedente. Imperocchè nell'articolo IX non si distinguono due matrimonii, cioè il canonico e il civile, come nell'articolo VIII. Egli è bensì vero che la contraria opinione parrebbe suggerita dalle parole del presente articolo: *una tale sentenza non avrà effetto*, ecc., colle quali pare che si stabilisca un decorso degli effetti civili della avvenuta dichiarazione d'invalidità, avente il suo principio in una *esecuzione* che il giudizio secolare abbia data alla sentenza del tribunale ecclesiastico matrimoniale, la quale esecuzione poi non si saprebbe in che altro farla consistere, se non in un annullamento del matrimonto pronunciato espressamente anche dal giudizio secolare. Ma si deve avvertire che quelle parole non rendono esattamente il testo tedesco corrispondente, il quale non dice propriamente se non che: l'efficaccia della sentenza del tribunale ecclesiastico sulle pretesi di mero diritto civile *non ha luogo se non quando* si domanda l'esecuzione di quella al competente giudizio secolare. Da questi termini è impossibile arguire che l'efficacia medesima non cominci che *dopo un certo momento,* o dopo alcuna decisione del giudizio secolare. Essi esprimono piuttosto che gli effetti civili della dichiarazione d'invalidità emessa dal tribunale ecclesiastico si avverano *tutte le volte* che si fa uso della dichiarazione stessa presso il giudizio secolare, onde ottenerli, il che può ben dirsi una esecuzione che il giudizio secolare dà alla sentenza del tribunale ecclesiastico.

3. Sulla conformità dei matrimonii di cui tratta questo articolo alle prescrizioni del Codice civile generale, il giudizio secolare è chiamato a decidere in due specie di casi: *a*) in tutte le quistioni che in base al Codice civile si promuovono intorno a quei matrimonii, o prima dell'invocata dichiarazione d'invalidità emessa dal tribunale matrimoniale, o senza appoggiarsi alla medesima, quando fosse gia emanata; *b*) nei casi in cui si chieda al giudizio secolare l'esecuzione della sentenza d'invalidità del matrimonio, pronunciata dal tribunale matrimoniale, onde chiarire se il matrimonio così invalidato era veramente valido secondo il diritto civile, ipotesi sulla quale quell'esecuzione medesima si fonda.

4. Impedimenti dirimenti canonici insanabili sono quelli chiamati di diritto divino, e gli impedimenti dirimenti da cui non è costume di accordar dispensa [1]. Di quelli ai quali allude il presente articolo può servire d'esempio quello di un nuovo matrimonio contratto dopo la dichiarazione di nullità di un matrimonio precedente, non ancora sciolto dalla morte, pronunciata dal tribunale civile a motivo di un impedimento dirimente stabilito dal solo Codice civile. Quel secondo matrimonio sarebbe canonicamente invalido, ed in modo insanabile, ostando l'impedimento dirimente del vincolo.

5. La competenza del foro civile a cui allude quest'articolo si determina secondo le regole ordinarie di giurisdizione civile.

6. La disposizione sancita nel primo capoverso del presente articolo soggiace ad obbiezioni, nè si difende se non con ragioni analoghe a quelle che abbiamo esposte nella nota 5 all'articolo precedente.

7. In virtù dell'analogia avvertita di sopra (num. 1) fra questo e l'articolo precedente noi crediamo che le disposizioni del primo si applichino indifferentemente ai matrimonii dei soli cattolici fra di loro, ed ai matrimonii misti, come abbiamo detto di sopra applicarsi agli uni ed agli altri quelle dell'articolo VIII (nota 8), e per le istesse ragioni ivi addotte.

8. Importa avvertire che l'applicazione pratica di questo articolo fu da un Breve pontificio ristretta, riguardo a parecchi impedimenti dirimenti sanciti dal diritto canonico e dal Codice civile non riconosciuti. Il Breve 17 marzo 1856 comunicato a tutti gli ordinarii cattolici dell'impero austriaco [2], dà loro facoltà di dispensare e di sanare

[1] Impedimenti dirimenti non dispensabili sono: il voto solenne, l'ordine sacro, il legame d'altro valido matrimonio, l'impotenza, il primo grado di consanguinità in linea collaterale eguale, qualsiasi grado di consanguineità in linea retta, proveniente da nascita legittima od illegittima, la disparità di culto fra battezzati e non battezzati, però limitatamente ai paesi cristiani (*Manuale dei Parochi per le spedizioni matrimoniali*, del sacerdote Luigi Amatì, Milano 1858, cap. III art. I).

[2] Ecco il brano originale del Breve, che qui riportiamo tradotto .... *usque ad diem quo hac nostræ literæ ad unumquemque vestrum pervenerint, in vestris diœcesibus, auctoritate nostra apostolica confirmare, et in radice sanare possitis matrimonia ac proinde legitimam declarare prolem exinde susceptam vel suscipiendam, quæ*

in radice, dichiarandone anche legittima la prole già nata o nascitura, quei matrimonii che furono contratti senza la dispensa dell'apostolica sede, non ostante l'impedimento della cognazione spirituale e civile, dell'affinità nascente da illecita copula, della giustizia di pubblica onestà nascente da matrimonio rato non consumato in terzo o quarto grado, non che da matrimonio invalidamente contratto e non consumato, o dagli sponsali, e del pari l'impedimento di consanguinità o d'affinità in terzo grado e quarto anche tangente il secondo [1] (ancorchè i matrimonii affetti dall'impedimento ultimo nominato siano stati conchiusi con dispensa, non però ottenuta nel debito modo), purchè tuttavia tali matrimonii siano stati celebrati secondo la forma prescritta dal concilio di Trento, e non osti loro alcun altro impedimento canonico dirimente [2].

La disposizione contenuta in questo Breve è chiara. Allora soltanto che matrimonii conchiusi da cattolici, vigente il diritto matrimoniale del Codice civile, siano canonicamente invalidi a cagione di alcuno degl'impedimenti dirimenti non enumerati nel Breve, oppure per non avvenuta osservanza della forma del concilio tridentino (come i matrimonii di cui tratta l'articolo precedente), può avere luogo la dichiarazione d'invalidità di cui nel presente articolo si parla, e colle conseguenze civili ch'esso gli attribuisce.

Art. X.

Se il matrimonio fra i cristiani cattolici ed acattolici fu conchiuso sotto il dominio della legge civile sul matrimonio, è in facoltà del conjuge acattolico di provocare dal giudice secolare, per impedimenti della legge civile non riconosciuti dalla Chiesa cattolica, lo scioglimento del matrimonio, osservando le condizioni alle quali è vincolato dalla presente legge il suo diritto d'impugnarne la validità.

Se viene pronunciato lo scioglimento non è vietato all'autore di unirsi in matrimonio con un'altra persona acattolica, ma non può contrarne un nuovo con un cattolico fino a tanto che la parte cattolica è ancora in vita, sotto comminatoria della pena stabilita dal § 55.

Le questioni che insorgono tra i conjugi intorno ai beni, sono da trattarsi secondo i principii sanciti dai §§ 102 e 1265 del Codice civile generale per il caso della dichiarazione d'invalidità.

I figli generati durante il matrimonio devono per altro riguardarsi legittimi.

1. Il presente articolo si riferisce ad un ordine di idee, che fa seguito a quelli su cui vertono i precedenti articoli VI, VII, VIII, IX. In questi articoli si considerarono due soli dei casi nei quali ponno trovarsi in collisione fra loro il diritto matrimoniale del Codice civile, e quello del diritto canonico, nei matrimonii che furono conchiusi prima del 1 gennajo 1857 e che durano tuttavia dopo quest'epoca; e cioè, il caso in cui *prima* del 1 gennajo 1857 sia stato dichiarato invalido un matrimonio per un motivo

contracta fuere sine hujus apostolicæ sedis dispensatione, non obstante impedimento cognationis spiritualis et civilis, affinitatis ex copula illicita, justitiæ publicæ honestatis ex matrimonio rato non consummato in tertio seu quarto gradu, nec non ex matrimonio invalide contracto et non consummato sive ex sponsalibus proveniente, itemque impedimento consanguinitatis seu affinitatis in gradu tertio et quarto etiam tangente secundum (etsi matrimonia obnoxia huic ultimo commemorato impedimento fuerint inita cum dispensatione non debito vero modo obtenta) dummodo tamen matrimonia iuxta ipsam formam a concilio tridentino præscriptam fuerint celebrata, nec iisdem matrimoniis aliud canonicum obstet dirimens impedimentum.

Giova avvertire specialmente alle prime parole di questo brano. In esse il pontefice comprende nella sanatoria da lui conceduta non solo i matrimonii contratti da sudditi austriaci cattolici ostando impedimenti dirimenti canonici, prima dell'introduzione della nuova legislazione matrimoniale austriaca, ma eziandio quelli che per avventura fossero stati conchiusi con quel difetto, ancor dopo tale introduzione, fino all'epoca della ricevuta del Breve. Quanto ai primi matrimonii il pontefice ha provveduto alla sicurezza del diritto, togliendo alle leggi canoniche la retroattività, quanto ai secondi egli ha voluto fare semplicemente un atto di grazia.

[1] Sul modo di computare i gradi di consanguineità e di affinità al diritto canonico, vedi più oltre le annotazioni all'Appendice II.

[2] Quali siano gli altri impedimenti dirimenti canonici, oltre quelli annoverati nel Breve, lo si veda nelle note al § 13 dell'Appendice II.

che il diritto canonico non ammette (articolo VI), e quello in cui siasi ritenuto *prima* di quell' epoca valido un matrimonio conforme bensì alle prescrizioni matrimoniali del Codice civile, ma non anche a quelle del diritto canonico (articoli VII, VIII, IX). A questi due casi deve evidentemente accedere anche un terzo, e propriamente quello in cui dopo il 1 gennajo 1857 si possa dimostrare l'invalidità d'un matrimonio contratto prima di quell'epoca per motivi acconsentiti dal Codice civile, e non anche dal diritto canonico. Egli è appunto a quest'ultimo caso che si riferisce il presente articolo IX. Se non che esso lo contempla da un lato speciale, che è il solo possibile in pratica. In vero, egli è evidente che niun cattolico mai impugnerà, dopo che è in vigore il diritto matrimoniale canonico, un matrimonio da lui contratto con altra persona cattolica sotto il regime del diritto matrimoniale civile, allegando motivi che questo diritto gli avrebbe allora concessi, ma che il diritto canonico ora gli niega. E nemmeno sarebbe possibile una tale impugnativa, e sotto quelle istesse circostanze, per parte di persona cattolica contro il conjuge acattolico in un matrimonio misto. Ma la medesima può bene essere mossa invece in un matrimonio misto dal conjuge acattolico contro il cattolico, onde al primo non sia tolto un diritto accordatogli dalla legge vecchia, per la sola introduzione di una legge nuova. Egli è appunto sotto questo ultimo aspetto soltanto che il terzo caso suddistinto delle collisioni fra il diritto matrimoniale del Codice civile ed il canonico, è possibile in pratica, e che il medesimo viene contemplato dal presente articolo.

2. Nel caso contemplato dal presente articolo il conjuge acattolico non domanda propriamente lo scioglimento del matrimonio, quale è contemplato, per esempio, dall'articolo VIII. Imperocchè lo scioglimento del matrimonio non può nascere da una causa fornita dalla istessa legge sotto cui il matrimonio fu contratto, quale è quella per cui si dovrebbe sciogliere il matrimonio nel caso contemplato dal presente articolo. Ciò che l'articolo X permette al conjuge acattolico di domandare si è propriamente la *dichiarazione di invalidità del matrimonio* misto da lui contratto sotto l'impero del diritto matrimoniale civile, per impedimenti stabiliti da questo diritto istesso [1]. Questa interpretazione è specialmente confermata dal primo capoverso del successivo articolo XII. Per sè una tale dichiarazione veramente non vale che in confronto del conjuge acattolico, ma egli è secondo quanto il Codice civile dispone pel caso della medesima che si regolano le quistioni relative ai beni che insorgessero fra i due conjugi dopo di essa. Il perchè il terzo capoverso di questo articolo si richiama al § 1265 (ed anche al § 102) del Codice civile generale.

3. Egli è evidente che nelle cause in cui può cadere in applicazione il presente articolo, vengono in acconcio le osservazioni dei commentatori del Codice civile a quelle disposizioni del medesimo che riguardano i matrimonii fra cattolici ed i misti.

4. Il foro civile competente per le cause contemplate da questo articolo ci sembra debba essere quello stesso che abbiamo ripetutamente indicato nella nota 5 all'articolo IX, 4 all' articolo VIII e 2 all' articolo VII. Imperocchè dovendo il foro civile, nel caso contemplato da questo articolo, dichiarare l'invalidità del matrimonio (vincolo matrimoniale) come si è qui sopra osservato (n.º 2), questa dichiarazione è appunto una delle cause per cui ha luogo la competenza contemplata nel § 14, lettera *a* della Norma di giurisdizione civile del 20 novembre 1852.

5. Come si è notato testè (n.º 1) la dichiarazione di invalidità del matrimonio misto di cui trattasi in questo articolo non ha effetto che in confronto del solo conjuge acattolico, che è autorizzato a domandarla [2], ed equivale in sostanza ad una abilitazione fatta a quel conjuge di passar a nuove nozze. Come fatta a lui solo, questa abilitazione non può valergli onde contrar matrimonio con persona cattolica, siccome stabilisce il secondo capoverso di quest'articolo; perchè la medesima ragione per cui il vincolo matrimoniale che fu disciolto pel conjuge acattolico, sussiste ancora pel cattolico, fa sì che anche il conjuge acattolico stesso debba apparire tuttavia come stretto da quel vincolo agli occhi di ogni persona cattolica, finchè l'altro conjuge cattolico viva. Osta pertanto un vero impedimento dirimente, quello del legame, al matrimonio fra un

[1] L'espressione *trennung der Ehe* usata nel testo tedesco non è qui buona che nel suo più generale significato, non già nel proprio e ristretto. Più propria sarebbe stata invece quella di *ungiltigerklärung.*

[2] Il conjuge cattolico non può quindi, dopo una tale dichiarazione, passare ad altre nozze, finchè viva l'altro conjuge; anche la notificazione governativa 28 agosto 1835 dichiarava non potere il conjuge cattolico rimaritarsi durante la vita del conjuge acattolico divorziato.

conjuge acattolico che si valse della facoltà accordatagli da questo articolo, ed ogni persona cattolica, durante la vita dell'altro conjuge. Che se un tale matrimonio fu contratto, deve essere annullato. A questa conclusione non contraddice, come può sembrare sulle prime, il terzo capoverso di questo articolo, il quale commina ad un matrimonio contratto ad onta della precedente proibizione, la pena sancita nel § 35 della Legge matrimoniale, senza parlare della nullità del medesimo. Questa nullità era abbastanza fondata nei principii del diritto canonico anche agli occhi del legislatore, perchè ei non ne facesse espressa menzione, e quella comminazione di pena è appunto una nuova conseguenza oltre la nullità del matrimonio, nascente dall'inosservanza del fatto divieto (1).

6. La disposizione del quarto ed ultimo capoverso di questo articolo è conforme all'equità, come per lo contrario non sarebbe stata cosa equa che della legittimità dei figli avesse piuttosto deciso la cessazione del matrimonio in faccia ad uno de conjugi, che la sua continuazione in faccia all'altro. Che se la legge non avesse così deciso, difficilmente sarebbesi potuto proporre l'uguale opinione con sole ragioni giuridiche. Imperocchè il § 160 del Codice civile generale, il quale regola la legittimità dei figli in caso di invalidità del matrimonio, non si sarebbe potuto applicare in alcun modo al caso di invalidato matrimonio di cui tratta questo articolo, siccome quello che suppone un'invalidità sussistente in confronto di ambedue i conjugi, e non di uno solo di essi, come in questo articolo accade.

Art. XI.

Fino al giorno in cui questa legge entrerà in vigore, i Giudizj secolari si atterranno nelle vertenze che avranno a trattare alle disposizioni della Nostra Patente 5 novembre 1855, n.° 195 del Bollettino delle Leggi dell'Impero. Ma tutte quelle cause che si riferiscono alla validità del matrimonio, e le quali fino al primo gennajo 1857 non saranno per anco definite con sentenza passata in giudicato, si rimetteranno per la decisione al competente Giudizio matrimoniale ecclesiastico.

1. Questo articolo prefigge il giorno 1 gennajo 1857 come epoca, a cominciar dalla quale devono entrare in vigore i tribunali ecclesiastici matrimoniali, e quindi prolunga fino a tal giorno l'efficacia dell'articolo II della Patente 5 novembre 1855, colla quale fu pubblicato il Concordato dell'Austria colla Santa Sede, il quale articolo II dispone appunto: che fino all'epoca in cui i giudizii matrimoniali vescovili entrino in attività anche in quei paesi, ove essi non sussistono, debbano restare in vigore le leggi ora esistenti pei matrimonii dei sudditi cattolici, e i giudizii civili sentenziare secondo quella legge circa la validità civile di tali matrimonii e le loro conseguenze legali (vedi il § 2 dell'Introduzione).

2. Passata in giudicato intendesi anche in questo articolo una sentenza, contro la quale o non vi ha più luogo ad appellazione, o trascorse tutto quanto il termine legale per interporla. Le persone aventi facoltà di appellarsi da una sentenza emessa in causa matrimoniale, sono, giusta la legge canonica, o le parti stesse, o il difensore del matrimonio, secondo i varii casi.

3. Fa notare lo Schulte che al presente articolo è naturale continuazione il primo capoverso dell'articolo XII successivo, il quale non fu a suo credere trasferito in quest'ultimo articolo se non per un errore incorso nella redazione (*Erläuterung*, pag. 178). E qui giova avvertire che trasportandosi in virtù del presente articolo dai tribunali civili ai giudizii ecclesiastici le sole cause che vertono sulla validità del matrimonio, rimangono ai primi quelle per separazione di letto e di mensa (articolo XIII), e quelle intorno alla forza obbligatoria degli sponsali (Maro, *Sfera d'attribuzione dei Giudizii civili in affari matrimoniali dei cattolici dopo il 31 dicembre 1856*. Gazzetta dei tribunali di Milano, 1857, pag. 418).

Art. XII.

Se questo Giudizio respinge una petizione di nullità prodotta da un conjuge cattolico, pel motivo che l'accampato impedimento non è riconosciuto dalla legge canonica, resta applicabile la disposizione dell'art. X.

(1) Analogamente a ciò era stato dichiarato dalla Sovrana Risoluzione 28 luglio 1814 non potere un conjuge acattolico divorziato contrarre nuovo matrimonio se non con una persona acattolica.

Le cause relative alla separazione di letto e di mensa verranno decise a norma delle leggi attuali dai Giudizii secolari presso i quali saranno state promosse prima del giorno sopra stabilito.

1. Il primo capoverso di questo articolo viene chiarito da cosa da noi già avvertita superiormente (art. X, nota 1), cioè non potere un conjuge cattolico impugnare dopo il 1 gennajo 1857, davanti ai tribunali ecclesiastici matrimoniali, un matrimonio da lui conchiuso sotto l'impero del Codice civile, per motivi offertigli da questo Codice, ma non ammessi anche dal gius canonico. Nello stesso tempo questo capoverso serve anche di conferma a tale nostra osservazione.

2. La ragione per la quale in quanto alle trattazioni per separazioni di letto e di mensa fu adottata in questo articolo una regola diversa da quella stabilita nell'articolo precedente quanto alle trattazioni intorno alla validità del matrimonio, si è la minore importanza delle prime a confronto di quella delle seconde, e il potersi sempre ristabilire la coabitazione conjugale, la cui interruzione fosse per avventura stata ammessa dal giudizio civile per motivi non conceduti dal diritto canonico, con molto maggior facilità di quella con cui si può riparare ad una sentenza d'invalidità pronunciata dal giudice civile e che il gius canonico non confermi. Arroge a ciò l'interesse a che le cause di separazione procedano speditamente, e quindi senza interruzione.

3. Dalle trattazioni per altro intorno alla separazione di letto e di mensa di cui questo articolo parla, voglionsi eccettuare a nostro credere le procedure per avventura avviate prima del 1 gennajo 1857 presso un tribunale civile per la separazione consensuale, in conformità ai §§ 103-106 del Codice civile generale (1). Imperocchè il diritto canonico matrimoniale non ammettendo, come è noto, separazione di letto e di mensa consensuale, non può essere stata mente del legislatore che la medesima si avesse ad accordare dopo che quel diritto fu surrogato alle precedenti leggi, mentre egli doveva anzi aspettarsi a ciò che quei cattolici, i quali si fossero già trovati in consensuale separazione di letto e di mensa, loro accordata dal competente foro civile, allorchè il diritto matrimoniale canonico fu posto in vigore, o sarebbero dopo quest'epoca ritornati alla conjugale coabitazione, oppure avrebbero conformato la loro separazione alle prescrizioni canoniche. Ciò tanto più dicasi, dacchè per la separazione di letto e di mensa consensuale il Codice civile non prescrive al tribunale vere *trattazioni*, come per la separazione provocata da una parte contro l'altra che vi si rifiuti, e mentre per quest'ultima esige una decisione del tribunale, per la prima invece limita l'opera di questo ad accertarsi del consenso di ambedue i conjugi alla separazione, concedendo poscia la medesima *senz'altra investigazione* (2). (Conf. i §§ 105 e 106 Codice civile generale.)

4. Per la stessa ragione per cui non si deve ritener possibile la continuazione presso i giudizii civili delle trattazioni già incamminate prima del 1 gennajo 1857 per la separazione consensuale di letto e mensa, devesi anche ammettere che separazioni consensuali già legalmente effettuate prima di quell'epoca, devono dopo di essa cessare od essere uniformate alle leggi canoniche. Siccome il principio dell'inammissibilità della separazione di letto e di mensa consensuale non è meno certo e fondamentale in diritto canonico di tutti gli altri intorno alla validità del matrimonio, così non può il legislatore essersi voluto rifiutare all'azione retroattiva del primo sui casi già avvenuti prima del 1 gennajo 1857 e che si conservano anche dopo il medesimo, avendo attribuita tale azione a secondi (articoli VI, VIII, IX di questa Patente).

Art. XIII.

Col giorno in cui entra in vigore questa legge restano abolite, in quanto si trovino colla medesima in contraddizione, tutte le disposizioni del Codice civile generale relative al matrimonio dei cattolici, e le prescrizioni emanate colle Nostre Norme di giurisdizione 22 dicembre 1851, 30 novembre 1852, 16 febbrajo 1853 e 3 luglio 1853 sulla competenza dei giudizii secolari negli affari matrimoniali.

(1) Egli per sè chiaro che tale quistione non può ormai più presentare quel pratico interesse, che aveva alloquando le nuove leggi matrimoniali entrarono in vigore, cioè al principio dell'anno 1857.

(2) La contraria opinione è professata dai dottori Orefici e Lazzarini (traduzione dell'Illustrazione del Codice civile di Stubenrauch, fasc. 3, pag. 219).

Fu già notato nell' Introduzione in quali punti ed in qual misura le disposizioni del Codice civile generale intorno al matrimonio, ed in ispecie quelle intorno al matrimonio dei cattolici, sia con persone cattoliche, sia con acattolici, rimangono ancora in vigore dopo l'emanazione delle nuove leggi matrimoniali ed a fianco delle medesime. Nel corso delle annotazioni ai precedenti articoli di questa Patente furono anche avvertiti i casi in cui le regole stabilite dalla legge civile intorno alla competenza dei tribunali civili nelle cause matrimoniali possono tornare ancora opportune in pratica, anche dopo l'installazione dei tribunali matrimoniali. In questi casi due norme di giurisdizione sono a seguirsi nel regno Lombardo-Veneto fra le annoverate in questo articolo, quella del 25 dicembre 1851 pei fori militari [1], e quella del 20 novembre 1852 per fori civili.

Art. XIV.

Il Nostro Ministro della Giustizia è incaricato dell'esecuzione di queste disposizioni, di concerto col nostro Ministro del Culto e dell'Istruzione, e del Nostro Comando Superiore dell'Armata.

Dato in Ischil, il giorno otto del mese di ottobre, nell'anno milleottocentocinquantasei, ottavo dei Nostri Regni.

[1] In un colla relativa Ordinanza del Ministero della Giustizia 8 maggio 1852 che scioglie varii quesiti sui limiti della giurisdizione civile e militare secondo questa *Norma*.

Appendice I.

LEGGE SUL MATRIMONIO DEI CATTOLICI

NELL'IMPERO AUSTRIACO

All'intelligenza di questa legge è indispensabile aver presente alla mente la disposizione contenuta nell'articolo X del Concordato 5 novembre 1855 fra l'Austria e la Santa Sede intorno alla parte assegnata per l'avvenire ai giudizii secolari austriaci nelle quistioni matrimoniali (vedi sopra a pag. 15 e le relative annotazioni); e del pari le cose avvertite qui sopra intorno ai rapporti di questa legge col diritto canonico matrimoniale, e col capitolo II del Codice civile generale austriaco (Introduzione, §§ 5 e 6). La Legge matrimoniale 8 ottobre 1856 non ha di mira che gli effetti civili del matrimonio, sia determinandoli, sia stabilendo le condizioni e i requisiti necessarii al matrimonio onde produrli. Da questo punto di vista si spiega in particolare il perchè questa legge non suol porgere le definizioni scientifiche dei varii enti spettanti al diritto matrimoniale, come le porgeva il capitolo II del Codice civile generale, ma rimetta le medesime piuttosto al diritto matrimoniale canonico, ed all'Appendice II.

§ 1.

Il matrimonio si contrae da due persone di differente sesso col dichiarare nel modo voluto dalla legge la loro volontà di unirsi conjugalmente.

1. La nozione del matrimonio contenuta in questo paragrafo non è già una vera definizione del medesimo, che tenga luogo di quella fornita dal § 44 del Codice civile generale. Essa mette soltanto in rilievo i requisiti esteriori e pratici pei quali il matrimonio dei cattolici è capace di produrre pienamente i suoi effetti civili. E questi requisiti sono: *a*) la differenza di sesso fra i contraenti; *b*) la perfetta volontà dei medesimi di congiungersi conjugalmente; *c*) la dichiarazione di questa volontà conforme alla legge. La definizione propriamente detta del matrimonio dei cattolici devesi desumerla attualmente dal diritto canonico, ed in particolare dal § 1 dell'Appendice II.

2. La conformità alla legge della dichiarazione del consenso, di cui si parla in questo paragrafo, non è soltanto di forma o di modo, come sembra nel testo italiano, ma abbraccia in pari tempo e la forma e le qualità e i rapporti personali dei contraenti matrimonio. Tale è qui il vero significato del vocabolo tedesco *gesetzmässig*.

3. La legge a cui accenna questo paragrafo è insieme la canonica e la civile; la prima contenuta nell'Appendice II, la seconda nei successivi paragrafi di questa Appendice I.

4. Questo paragrafo non dice espressamente che del matrimonio dei sudditi austriaci cattolici giudicar debbano i tribunali ecclesiastici matrimoniali, e quale influenza abbiano le sentenze di questi tribunali sugli effetti civili del matrimonio, mentre analoghe disposizioni contiene il paragrafo successivo riguardo agli sponsali. Intorno a quei due punti sono a vedersi i successivi §§ 43 e 51 di questa legge.

§ 2.

Il Giudizio ecclesiastico decide dell' esistenza degli sponsali e della loro influenza a produrre impedimenti al matrimonio. Il giudice ordinario decide poi secondo i §§ 45 e 46 del Codice civile generale e con riguardi ai divieti portati dalla presente legge, se ed in quanto risulti dagli sponsali un' obbligazione guridica a risarcimento di danno.

1. In questo paragrafo si fissano i confini della competenza del giudizio ecclesiastico e del giudizio civile nelle cause nascenti dagli sponsali. Il primo periodo del paragrafo, riferendosi a cause promosse intorno all'esistenza degli sponsali ed alla loro efficacia ad impedire il matrimonio, deroga implicitamente al § 45 del Codice civile, il quale stabilisce nessuna obbligazione giuridica (e quindi atta ad essere fatta valere in giudizio), nascere dalla promessa di matrimonio. Questa deroga è conseguenza necessaria dell'essersi adottati i principii del diritto canonico matrimoniale in luogo della precedente legislazione matrimoniale civile (¹). Essa era già manifestamente contenuta nell'articolo X del Concordato, laddove si richiamano in vigore relativamente agli sponsali le disposizioni del Breve pontificio: *Auctorem fidei* (²). Vuolsi avvertire che la giurisdizione del giudizio ecclesiastico intorno agli sponsali viene espressamente circoscritta dal primo periodo di questo § alle cause vertenti sulla esistenza dei medesimi, e sulla loro efficacia ad impedire il matrimonio. Il secondo periodo poi esclude implicitamente che il giudice ordinario possa occuparsi di altre cause nascenti dagli sponsali che di quelle promosse intorno a risarcimento di danni, cui diede origine una mancata promessa di matrimonio.

2. Non è a credersi che le pretese civili nascenti dagli sponsali, di cui si occupa questo paragrafo, non si possano mai far valere davanti al giudice secolare, senza che sia preceduta una trattazione sulla validità e sulla sussistenza degli sponsali presso il giudice ecclesiastico. A stabilire rettamente i rapporti che sussistono ora tra il foro secolare ed il foro ecclesiastico nelle quistioni nascenti dagli sponsali, bisogna aver riguardo ai nuovi principii che intorno agli sponsali medesimi furono sostituiti a quelli del Codice civile, in virtù dell'adozione del diritto matrimoniale canonico. Questo diritto riconosce che l'obbligazione contratta negli sponsali, benchè perfetta, possa tuttavia cessare in ogni caso per consenso di entrambi i promettenti (vedi Appendice II, § 4). Ciò posto, non sembra dubbio che, allorquando ambedue gli sposi recedono d'accordo dalla fattasi promessa di matrimonio, e nell'atto di recedere si accordano pure intorno al modo di regolare i rapporti d'interesse di ciascuno di loro, sia libero del pari a ciascuno, in caso di future nuove controversie insorte intorno a quei rapporti medesimi, adire senz'altro ed immediatamente il giudizio secolare, facendo valere presso di questo i diritti che riputasse per avventura derivargli dall'anzidetta convenzione. In questo caso l'introduzione di una causa presso il giudizio secolare su pretese civili nascenti dagli sponsali non esige previa trattazione di sorta presso il tribunale ecclesiastico matrimoniale. All'infuori di questo caso, nessuna pretesa civile nascente dagli sponsali può essere fatta valere davanti al giudizio secolare, senza che intorno agli sponsali medesimi siasi pronunciato il giudizio ecclesiastico, decidendo della loro originaria validità, e della attuale facoltà di uno degli sposi di recederne contro il volere dell'altro. In generale si debbe ritenere non potere il giudice secolare, senza attenersi ad una decisione pregiudiziale del giudice ecclesiastico, decidere di una pretesa civile derivata dagli sponsali, la quale si fondi sulla validità degli sponsali stessi, e sull'ingiustizia dell'altrui proposito di recederne (vedi Schulte, op. cit., pag. 77) (³).

(¹) Vedi i §§ 2 e 35 dell'Appendice II.

(²) Il nuovo principio dell'obbligatorietà degli sponsali, accolto ora nella legislazione austriaca dal diritto canonico, si accorda manifestamente col § 506 del vigente Codice penale, da cui si trova già riconosciuto in un caso speciale.

(³) I dottori Orefici e Lazzarini nella loro traduzione del commento di Stubenrauch al Codice civile generale (pag. 214 e 235) sostengono la singolare opinione che la quistione dell'esistenza o della validità degli sponsali, per avventura insorta nella causa civile di risarcimento occasionata dai medesimi, debba essere ventilata e decisa dal giudice civile. Certo la lettura del § 2 non conduce a pensare in questo modo, nè le ragioni esibite dai suddetti giureconsulti sono molto stringenti. E invero, per tacere degli altri punti del loro ragionamento, non si comprende per qual ragione eglino non ammettano che in una quistione pregiudiziale possa intervenire un giudice diverso da quello che è competente per la quistione principale.

Ma nell'attenervisi egli non è obbligato eziandio a passar sopra a divieti di matrimonio, contenuti nella presente legge, che ostassero per avventura alla validità degli sponsali [1], e di cui il giudizio ecclesiastico non abbia tenuto conto nella sua sentenza. Che anzi il giudice secolare deve, nelle quistioni di cui parliamo, portare la sua indagine sull'esistenza di tali divieti, per espresso comando che gliene fa il legislatore, conscio forse della probabilità che la decisione ecclesiastica ne lasci sussistere il più delle volte il bisogno [2].

3. I principii che d'or innanzi debbono valere intorno alle pretese civili nascenti dagli sponsali, in virtù del secondo periodo di questo paragrafo, si raccolgono anzi tutto in questo solo e generale: che per quel titolo nessuno degli sposi può muovere altra azione che per risarcimento di danno. Questa massima generale viene poi dai citati §§ 45 e 46 del Codice civile generale suddivisa nelle due speciali seguenti: *a*) che alla promessa di matrimonio non può andar congiunta pena di recesso, che si possa ripetere in giudizio (§ 45) [3]; *b*) che soltanto pel recesso di uno degli sposi dalla fatta promessa, può l'altro sposo, il quale non abbia fornito a ciò dal canto suo una fondata causa, elevare una pretesa civile, e questa avente unicamente per oggetto il danno effettivo che provasse essergli derivato da tale recesso (§ 46) [4].

Alla prima di tali massime osserviamo, che dessa non pare molto coerente al principio oggidì vigente nella legislazione austriaca, nascere dagli sponsali una vera obbligazione, mentre coerentissima ell'era invece al principio contrario adottato nel Codice civile generale (§ 45). Ma il legislatore volle ciò non ostante trasportare in questa materia il disposto del Codice civile nella nuova Legge matrimoniale, onde rendere più facile l'uso di quella libertà di sottrarsi dal vincolo degli sponsali, che il diritto canonico ancora concede, e la cui totale perdita egli non potrebbe mai vedere che a malincuore. Osserviamo poi eziandio che in un coll'abolizione della pena di recesso dagli sponsali si deve intendere abolita in virtù del § 45 del Codice civile anche l'apposizione di una pena convenzionale (§ 1336), o di una eventuale caparra, e che dovrebbe restituirsi in virtù del § 1431 quanto la parte recedente dagli sponsali avesse dato sotto una qualunque delle suddette forme (Stubenrauch, Illustraz. ai §§ 45, 35 del Codice civile generale).

Alla seconda massima tornano opportune le osservazioni che soglionsi leggere nei commentarii al § 46 del Codice civile. Noi ci limitiamo a riproporre qui la nota quistione discussa fra i giureconsulti austriaci, se cioè la domanda di risarcimento a titolo di recesso dagli sponsali, ammessa dal § 46 del Codice civile, confermata ora dal § 2 della nuova Legge matrimoniale, che a quel § si richiama, presupponga unicamente che dal canto dello sposo, che la eleva, non sia nata una *fondata causa* del rifiuto dell'altro a mantenere la promessa di matrimouio, oppure eziandio, che lo sposo che fa tale rifiuto, e contro cui la domanda è diretta, possa dirsi egli pure dal suo canto *in colpa*.

Noi crediamo che i principii stabiliti dal diritto canonico intorno agli sponsali, ed ora adottati anche dal diritto civile, forniscano una nuova ed ineccepibile conferma all'opinione di coloro che di quelle due interpretazioni preferiscono la seconda. Già la stessa evidente connessione del § 46 del Codice civile col precedente § 45 [5] nota saggiamente l'avvocato Mattei (*I paragrafi del Codice civile*, ecc., vol. I, pag. 203 e seg.) rende chiaro che al caso contemplato da questo secondo paragrafo si riferisce la disposizione contenuta nel primo, e quindi al caso di un arbitrario recesso dell'uno degli sposi dalla fatta promessa, non ad alcun altro. Ma in quel caso

(1) Ciò in virtù del § 878 del Codice civile generale. Vedi Schulte, op. cit., pag. 77.

(2) Affatto inopportuno ci sembra l'avvertimento del prof. Pachmann (*Sugli sponsali*, nella *Vierteljahresschrift di Haimerl*, 1859, 1.° fascicolo, pag. 65-67) che le parole: *con riguardo ai divieti portati dalla presente legge* non escludano nel giudice secolare il dovere di aver riguardo anche agli impedimenti meramente proibitivi del diritto canonico, perchè degli impedimenti canonici in generale al promesso matrimonio, si è già dovuto occupare il Tribunale ecclesiastico nella decisione da lui emessa, ed a lui solo spettante, sull'esistenza e sulla validità degli sponsali.

(3) La prima parte di questo paragrafo dove si afferma non nascere dagli sponsali obbligazione legale, è ora abrogata in virtù dell'adozione del contrario principio stabilito nel diritto canonico.

(4) Occorre appena di fare avvertire collo Stubenrauch (Illustraz. ai §§ 45 e 46 del Codice civile generale) che tanto la parte *recedente* quanto la parte *non recedente* può aver diritto al risarcimento del danno, esistendo le condizioni volute dal § 46 del Codice civile.

(5) Connessione additata dal vocabolo *però* che si legge al principiare del § 46.

egli è affatto perspicuo che al non essere nata alcuna fondata causa di recedere dagli sponsali dal canto dello sposo, il quale muove l'azione di risarcimento per l'avvenuto arbitrario recesso dell'altro sposo, si aggiunge dal canto di quest' ultimo una condotta pienamente colposa. D'onde consegue che il § 46 del Codice civile non accorda diritto a risarcimento per mancata promessa di matrimonio allo sposo dal cui canto non nacque fondata causa di recedere dalla medesima, se non contro l'altro cui tale recesso possa ascriversi a colpa. Questa conclusione abbastanza rigorosa viene suffragata a nostro credere da due altre non meno forti ragioni, desunte del pari dal Codice civile. L'una si è che, dando al § 46 di detto Codice una interpretazione puramente esteriore e letterale, quale è quella per cui si riesce all'opinione che noi qui combattiamo, un'altra opinione, ancora più assurda di questa, se ne potrebbe dedurre. Infatti, se uno sposo che si vede abbandonato dall'altro sposo, nè dal suo canto è nata alcuna fondata causa per cui questi receda dalla fatta promessa, può per ciò solo, e senz'alcun'altra condizione, chiedere al medesimo risarcimento del danno sofferto, perchè non dovrà egli potere la stessa cosa anche nel caso, in cui non che esistere un buon motivo della condotta dello sposo recedente, questo motivo sia anzi stato originariamente promosso dallo sposo che ora domanda il risarcimento, benchè *materialmente* non sia nato dal canto suo? La letterale interpretazione delle parole *dal cui canto non sia nato* ecc. del § 46 del Codice civile, conduce ad affermare tal cosa non meno direttamente di quello che all'ammissione dell'obbligo del risarcimento nello sposo che recede dagli sponsali per buon motivo, soltanto non nato dal canto dell'altro. sposo. L'altra ragione la fornisce il § 936 del Codice civile. Chi non vede che se i §§ 45 e 46 del Codice civile non si occupassero in particolare degli sponsali, questi, siccome promessa di un contratto, sarebbero regolati dal suddetto § 936? Or bene, questo parlando, parlando delle promesse di futuri contratti in generale, stabilisce che dalle medesime si possa recedere tutte le volte in cui siansi cambiate le circostanze per modo che o venga a mancare il fine del contratto, o cessi la fiducia delle parti l'una verso l'altra. Non v'ha dubbio che in mancanza dei §§ 45 e 46 una tal regola verrebbe applicata anche agli sponsali, e precisamente coll'effetto di ingenerare diritto di recedere dai medesimi, ogniqualvolta dal lato dell'uno o dell'altro dei promettenti siano accadute cose per le quali il matrimonio fra loro non sia più a desiderarsi. E tale diritto non potrebbe in particolare essere escluso dalla circostanza, che chi lo allega sia colui stesso dal cui canto quelle cose accaddero, nè potrebbe mai portar seco in questo caso obbligo di risarcimento, chè il tenore del suddetto § 936 non comporta evidentemente alcuna di cotali limitazioni. Questa conclusione però è direttamente contraria all' avviso di coloro i quali opinano, in base ai §§ 45 e 46 del Codice civile, che chi recede dagli sponsali per una causa che dal solo suo canto sia nata, debba per ciò solo rifare il danno che l'altra parte per avventura ne soffra. Ed ora può egli credersi che il legislatore abbia voluto nel medesimo oggetto emanare in un caso singolare nei §§ 45 e 46 del Codice civile una disposizione opposta a quella stabilita in generale nel § 936 dello stesso Codice? No certo; specialmente ove si rifletta, che, mentre la prima disposizione sarebbe di sua natura meno favorevole della seconda, pure il vincolo della promessa di matrimonio di cui parlano i §§ 45 e 46 è senza paragone meno grave del vincolo di una promessa di altro contratto qualunque, di cui parla il § 936, lasciandosi all'arbitrio l'osservanza dell'una, non quella dell'altra.

I principii del gius canonico, intorno agli sponsali, divenuti or legge anche per noi, confermano, dicemmo, e rendono ormai non più contrastabile l'opinione, che il risarcimento attribuito dal § 46 del Codice civile presupponga, almeno d'ora innanzi, nella parte contro cui lo si domanda, una vera e positiva colpa. Anzi tutto il diritto canonico stabilisce, al contrario del Codice civile, nascere dagli sponsali una vera obbligazione, e con ciò l'argomento, che noi deducemmo poc' anzi dal § 936 di esso Codice in favore di tale opinione, acquista novello vigore. Oltre a ciò i casi, nei quali il diritto canonico impone allo sposo che recede dalla promessa di matrimonio l'obbligo di risarcire il danno derivatone all'altro sposo, sono tutti i casi nei quali il primo è in perfetta colpa. Confrontinsi qui i §§ 8, 9 e 10 dell'Appendice II. Non è in colpa chi, data una promessa di matrimonio ad una persona, lo contrae poscia con un'altra, o chi senza causa legittima recede dagli sponsali, o finalmente chi produsse nuove circostanze fra sè ed il proprio sposo, per le quali il matrimonio fra essi non potrebbe essere che infelice? Egli è appunto a tali persone che quei paragrafi impongono obbligo di risarcimento dei danni cagionati dal recesso dalla promessa di

matrimonio, ed anzi il § 10 parla espressamente della colpa di colui che deve per quel titolo risarcire (vedi Schulte, op. cit., pag. 78).

4. Il risarcimento del danno a cui è tenuto lo sposo che recede dagli sponsali verso l'altro che non gliene ha dato causa, secondo il § 46 del Codice civile non ha per oggetto che il danno effettivo. Esso non comprende il lucro cessante e molto meno il valore di speciale affezione (§§ 1323, 1324, 1331 del Codice civile) (¹). Ciò dicasi riguardo alla qualità del danno da risarcire, Per riguardo poi alla misura nella quale lo si deve risarcire, il confronto dei §§ 9 e 10 dell'Appendice II col § 46 del Codice civile può occasionare una pratica quistione. Quei primi paragrafi cioè moderano il risarcimento in discorso secondo le persone, o le circostanze, e secondo le forze di colui al quale incombe, mentre niuna moderazione di tal sorta è consentita dal § 46 del Codice civile, in quelle parole: *risarcimento del danno effettivo.* Vi è ragione di dubitare se nella commisurazione del risarcimento debbasi oggidì aver riguardo al contenuto del § 46 del Codice civile, oppure a quello dei §§ 9 e 10 dell'Appendice II come complementare del primo. A noi sembra più fondato l'opinare la prima cosa che la seconda. Imperciocchè, come nel giudicare degli effetti civili del matrimonio il giudice civile non osserva che le leggi civili, così pure nel giudicare di quelli degli sponsali egli deve a quelle leggi unicamente attenersi. Ora l'Appendice II è legge canonica e non legge civile. Ciò tanto più dicasi, dacchè se l'altra cosa avesse inteso il legislatore, egli avrebbe rimandato in questo paragrafo il giudice all'osservanza delle leggi canoniche intorno al risarcimento occasionato dagli sponsali, come lo rimandò a quella dei divieti portati dalla presente legge.

5. Insegna il prof. Pachmann (loc. cit., pag. 84), non doversi ritenere che il § 111 dell'Istruzione introduca una vera eccezione al disposto del presente paragrafo, nel senso che, avendo una volta il Tribunale matrimoniale, nel decidere di un reclamo per titolo di sponsali, stabilito, dietro domanda di una almeno delle parti, un importo da corrispondersi a titolo di compenso, non possa più l'attore, che di questo importo non trovisi contento, rinnovare le sue eccezioni al matrimonio nel ricorso che gli resta libero di dirigere al giudice secolare. Secondo il Pachmann, il § 111 dell'Istruzione contraddice al § 2 di questa legge, ma questa contraddizione non può avere alcun peso nella pratica. Noi dobbiamo confessare, che una tale contraddizione ai nostri occhi non esiste, e che l'insegnamento di Pachmann ci pare quindi inutile. Imperocchè le *eccezioni al matrimonio*, di cui l'Istruzione parla nel suddetto paragrafo, risolvonsi nel sostenere che gli sponsali furono validi, e che impediscono l'attuale matrimonio, sui quali due punti lo stesso § 2 di questa Legge, che si vorrebbe contradditorio al primo, rimette la decisione esclusivamente al Tribunale matrimoniale, togliendola affatto al giudice secolare.

6. Ammesso che l'obbligo del risarcimento, di cui parla il § 46 del Codice civile, suppone in colui a cui incombe una vera colpa, si domanda qual foro sia competente a giudicare di questa colpa. Sembra che lo Schulte (op. cit., pag. 77) inclini a credere che tale sia il foro ecclesiastico matrimoniale. Questa opinione non è però ammissibile in generale, che supponendo aver sempre il tribunale ecclesiastico occasione di pronunciarsi intorno al grado di colpa di chi recede dagli sponsali, prima che il tribunale civile decida intorno agli effetti di diritto civile di questo recesso. Ora codesta supposizione è affatto esclusa in alcuni casi, giusta quanto si è osservato qui sopra al num. 2; sicchè l'opinione suddetta non sussiste nella sua generalità. Chi poi consideri caso nel quale il tribunale ecclesiastico siasi occupato veramente di esaminare la colpa di uno sposo che recede dalla data promessa, si accorge facilmente che l'indagine di quello non fu tanto rivolta originariamente a quella colpa, quanto alla esistenza ed alla validità degli sponsali stessi, sicchè i risultati dell'indagine rimangono lontani ancora di un passo da una vera e diretta decisione intorno alla colpa (²). E così può dirsi, che della colpa dello sposo che recede dagli sponsali non è mai propriamente chiamato a decidere il giudizio ecclesiastico matrimoniale. Resta che sia chiamato a deciderne il foro secolare. L'analogia di quanto questa legge di-

(¹) Per altro è noto che questa interpretazione, accolta da parecchi valenti commentatori del Codice civile, quali sono Nippel, Dolliner, Prockner, Pachmann, Stubenrauch, Basevi, è combattuta da altri in minor numero, ma non meno pregevoli, quali sono Winiwarter ed Ellinger.

(²) Non è più necessario che il giudizio ecclesiastico decida della colpa di chi recede dagli sponsali, di quello che decida della colpa di chi chiede la separazione di letto e di mensa (vedi § 61 di questa Legge). Ed appunto la legge matrimoniale avrebbe imposta al Tribunale ecclesiastico la prima decisione, come gli impose la seconda, se si fosse riputata egualmente necessaria l'una come l'altra.

spone intorno alla decisione sulla colpa, nelle dichiarazioni d'invalidità del matrimonio (§ 52) suffraga la qui esposta opinione.

6. Le cose fin qui dette intorno all'obbligo di risarcimento, occasionato dagli sponsali, suppongono manifestamente che abbiano avuto luogo validi sponsali. Tuttavia può darsi che anche da sponsali invalidi, nasca un tale obbligo, siccome può nascere in generale da contratti invalidi (Codice civile, § 878), dacchè gli sponsali hanno pure in sostanza l'indole di contratti. Se una parte seppe la circostanza, che si opponeva alla valida conchiusione degli sponsali, od anche non la seppe per ignoranza colpevole, o per errore di diritto, le incombe risarcimento. Che se ambedue le parti si trovarono nell'uguale ignoranza, od errore di diritto, il danno, come cagionato per colpa di ambedue, deve da tutte e due le parti essere sopportato. (Pachmann, *Sugli sponsali*, nella *Vierteljahresschrift* di Haimerl, 1859, 1.° fascicolo, pag. 75). Ma in questi casi il risarcimento dovuto non è contemplato nè dal presente paragrafo, nè dai §§ 45 e 46 del Codice civile, e si regola secondo i principii generali del capitolo XXX di detto Codice.

7. Quale sia il foro secolare competente ad applicare le disposizioni di questo § intorno agli effetti civili degli sponsali lo si determinerà di caso in caso secondo le regole comuni giurisdizionali, applicate alle azioni di risarcimento.

§ 3.

Non è permesso ad alcun cattolico di contrar matrimonio nell' Impero d'Austria in altro modo che sotto l'osservanza dei precetti stabiliti dalla legge canonica per la validità del matrimonio. Le disposizioni della legge canonica matrimoniale sono da desumersi dall' Istruzione rilasciata per i Giudizii ecclesiastici dell' Impero ed annessa alla presente legge (Appendice II).

1. L'espressione *alcun cattolico*, usata affatto indeterminatamente nel primo periodo di questo paragrafo, mostra che la disposizione del medesimo si applica tanto ai cattolici austriaci, quanto ai cattolici esteri. Che anche i cattolici forestieri non possano contrar matrimonio in Austria [1] se non coll'osservanza delle leggi matrimoniali canoniche, ciò è fondato nel noto principio *locus regit actum*, per quelle di tali leggi che riguardano la forma del matrimonio [2], e, per le altre, che non propriamente regolano la capacità personale dei contraenti, è confermato dal § 36 del Codice civile, per quei matrimonii che cattolici forestieri contraggano in Austria con sudditi austriaci cattolici. Ma pei matrimonii contratti in Austria fra soli cattolici forestieri, la prescrizione del presente paragrafo, che in essi pure debbansi osservare senza eccezione le leggi matrimoniali canoniche, anche non risguardanti la sola forma del matrimonio, contraddice al suddetto § 36 del Codice civile [3], nè là nuova legge matrimoniale la desume da altra parte che dal diritto matrimoniale canonico, i cui principii vincolano appunto chicchessia, dovunque furono pubblicati.

2. Lo avere questo paragrafo imposto obbligo ai cattolici forestieri, contraenti matrimonio in Austria, di osservare le leggi matrimoniali canoniche, senza far parola delle leggi civili austriache intorno al matrimonio, non vuol già significare che i medesimi siano al tutto dispensati dall'osservanza delle seconde. Piuttosto sono in questo punto decisivi i principii generali della legislazione austriaca intorno alle leggi colle quali regolar si debbono gli affari giuridici conchiusi da forestieri entro i confini dell'Impero (Codice civile, §§ 35-37). Applicando questi principii, noi opiniamo, che le prescrizioni della presente legge matrimoniale, concernenti la forma esterna del matrimonio, quali

[1] Quanto al matrimonio contratto da cattolici forestieri all' estero, questo non potrà essere giudicato in Austria con altre leggi, che con quelle additate dal § 37 del Codice civile per tutti gli affari di diritto conchiusi da forestieri all'estero. Se però l'altro conjuge fosse un suddito austriaco cattolico, quel paragrafo non avrebbe certamente applicazione che al conjuge forestiero, restando l' austriaco soggetto al § 74 della presente legge. Il giudizio austriaco poi competente per un tale matrimonio sarebbe, come bene insegna il dottor Maro (*Sui matrimonii dei forestieri cattolici*, loc. cit., pag. 66), il civile per gli effetti civili, il matrimoniale per tutte le altre quistioni; senza però che le sentenze di questo possano avere alcun effetto pel giudizio civile.

[2] Principio adottato anche pel matrimonio conchiuso da un suddito austriaco cattolico all' estero (vedi il § 74 di questa Legge). La forma poi si distingue in esterna ed interna. Vedi in proposito la dilucidazione e gli esempi di Dolliner (op. cit., vol. I, § 63, n. 3 e 4).

[3] Lo Schulte (op. cit., pag, 87, nota 1) è qui della contraria opinione, ma non la dimostra.

sono quelle intorno alle pubblicazioni (§§ 14-17), ed al modo della dichiarazione del consenso (§§ 18-20), obblighino i forestieri non meno che i cittadini dell'Impero, e tanto quanto le leggi matrimoniali canoniche, e ciò in virtù del principio, riconosciuto anche dal vigente Codice civile, *locus regit actum.* I divieti poi contenuti nella presente legge, che non concernono nè la forma del matrimonio, nè la capacità personale, siamo d'avviso che vincolino bensì i cattolici forestieri nei loro matrimonii contratti in Austria con sudditi austriaci, ma non li vincolino *di regola* nei loro matrimonii ivi contratti con altri forestieri. La prima asserzione è un evidente corollario del principio stabilito nella prima proposizione del § 36 del Codice civile; la seconda lo è pure della proposizione seconda dello stesso paragrafo, ove riflettasi che, rimettendo quel passo di legge all'arbitrio dei forestieri medesimi, contraenti fra loro in Austria un affare giuridico qualunque, la scelta della legge cui vogliano attenervisi, dichiara in sostanza non obbligatorie in tal caso per essi le leggi austriache. Abbiamo però detto, l'esenzione dei forestieri contraenti in Austria matrimonio fra di loro, dall'osservanza della presente legge, accadere soltanto *di regola*, perchè noi crediamo che il divieto matrimoniale per mancanza della necessaria licenza nei matrimonii dei militari (§ 10), e quello nascente da condanna (§ 12) si applichino benissimo anche ai matrimonii contratti in Austria da forestieri fra di loro. In vero le leggi militari dell'Impero obbligano tutte le persone che trovansi nel militare servizio, siano esse suddite o forestiere, e il vigente Codice penale da cui pure può (§ 27 *b*) derivarsi il divieto matrimoniale contenuto nel § 12 di questa Legge, dispone (37) che eziandio contro uno straniero, il quale commette un crimine nel territorio dell'Impero Austriaco, la sentenza sarà pronunciata secondo esso Codice, e quindi con tutte le conseguenze che in ogni caso giusta il medesimo ne discendono (così pure opinano Dolliner, op. cit., vol. I, § 31, n.º 2 b; e Stubenrauch, op. cit., § 61, n.º 10 del Codice civile generale). Finalmente i divieti matrimoniali relativi alla capacità personale dei contraenti (§ 4 e 5) noi opiniamo che non obblighino i forestieri contraenti matrimonio fra di loro nell'Impero austriaco, e in virtù del principio generale sancito nel § 34 del Codice civile, e in virtù del § 6 di questa stessa Legge; e che i medesimi debbano attenersi in proposito esclusivamente alle loro leggi nazionali, od alle internazionali fra il nostro Stato ed il loro. Di queste ultime ha fermato fra l'Austria col Canton Grigione (Decreto Aulico, 3 ottobre 1836) colla Baviera (Decreto Aulico, 31 marzo 1842) e col Baden (Ordinanza dei Ministeri dell'Interno, della Giustizia e del Culto, 9 ottobre 1853). E buono ci pare l'avviso del dottor Maro (*Sui matrimonii dei cattolici forestieri* nella *Oesterreichische viertel-jahrsschrift* di Haimerl, vol. I, pag. 69 e 70) che i parochi cattolici austriaci abbiano egual dovere di assicurarsi dell'osservanza delle leggi civili austriache nei matrimonii di cattolici austriaci, e di quella delle leggi estere nei matrimonii di cattolici forestieri, e di esigere all'uopo i relativi documenti o certificati pien provanti ([1]).

3. Il disposto del primo periodo di questo paragrafo deve servir di norma nei giudizii civili, perchè questi non possono attribuire alcun effetto di diritto a matrimonii che non furono validamente contratti. Pertanto nessun matrimonio contratto in Austria da persona cattolica nazionale o forestiera con altra persona cattolica o acattolica nazionale o forestiera può godere degli effetti giuridici riconosciuti dalle leggi austriache in generale a matrimonio valido, se nel medesimo non furono osservate sia quanto alla forma che quanto agli altri requisiti le prescrizioni canoniche, e, quando ciò sia necessario, anche le prescrizioni meramente civili contenute in questa legge.

4. Egli è impossibile inferire da questo paragrafo cosa alcuna intorno al contegno di un giudice secolare austriaco in controversie nascenti da matrimonio contratto da due cattolici stranieri all'estero, non in conformità alla legge matrimoniale ecclesiastica. Tuttavia lo Schulte (op. cit., pag. 86) ragionando intorno a questo paragrafo, si occupa di tal caso, e noi pure non vogliamo passarlo sotto silenzio. Opina lo Schulte che matrimonii siffatti non possano ottenere in Austria, per mezzo del foro secolare, altri effetti civili che quelli che loro riconosce la legge del paese in cui furono contratti. A noi pure questa opinione par buona. Invero essa discende dal principio, consegnato nel § 37 del Codice civile, che di un contratto qualunque conchiuso da forestieri all'estero gli effetti sono determinati dalla legge estera rispettiva; perchè non ne la si dovesse

([1]) Questo principio è oggidì adottato in pratica nella Diocesi milanese. Vedi Amati, *Manuale dei parochi per le spedizioni matrimoniali.* Milano, 1858, pag. 25.

dedurre, bisognerebbe che il legislatore avesse in questo caso espressamente derogato al § 57 del Codice civile come in un caso sopra accennato (n.º 1) si vide che egli derogò al § 56 dell'istesso Codice; ma quella deroga non esiste.

3. Il secondo periodo di questo paragrafo contiene una disposizione la quale riguarda e i cittadini austriaci cattolici, onde sappiano a quali norme attenersi onde contrarre valido matrimonio in faccia alla Chiesa ([1]), e i giudici secolari in quei casi in cui debbano giudicare per eccezione della validità di matrimonii contratti da cattolici, coll'osservanza delle leggi matrimoniali canoniche. Quali siano questi casi fu già indicato nel § 3 dell'Introduzione, e si vedrà nel seguito dello studio di questa Legge.

§ 4.

Coloro che non hanno per anco compiuto l'anno quattordicesimo di loro età, e che perciò a termini del diritto civile sono ancora impuberi, non possono essere ammessi a contrar matrimonio.

1. La disposizione contenuta in questo paragrafo trae origine dal Codice civile, ai §§ 21 e 48. Essa non concorda col diritto canonico, il quale nè stabilisce alla stessa età la pubertà dei maschi e delle femmine, ma bensì quella dei primi ai 14 e quella delle seconde ai 12 anni (vedi l'Istruz., § 17), nè congiunge al raggiungimento di tali età una presunzione *juris et de jure* della esistente capacità di generare, quale è ammessa dal presente paragrafo della Legge matrimoniale, e dai corrispondenti paragrafi del Codice civile, ma, al contrario, ammette che, esistendo la capacità di generare in persone, che non abbiano ancora raggiunto il dodicesimo od il quattordicesimo anno di età, possano queste contrar valido matrimonio, previe certe cautele (Istruz., ib.), e proibisce che, raggiunta anche l'una o l'altra di quelle età, si contragga matrimonio da chi tuttavia non possiede la fisica maturità (vedi Istruz., § 72).

2. Il divieto civile contenuto in questo paragrafo, benchè non sia più ora impedimento dirimente, come lo era secondo il diritto matrimoniale del Codice civile (§ 48), ottiene però vigore anche in faccia alle autorità ecclesiastiche, in virtù del generale disposto del § 69 dell'Istruzione. Esso ha poi per sanzione ciò che il § 35 di questa legge dispone in generale per le contravvenzioni ai divieti di matrimonio dalla medesima portati, ed inoltre, in ispecie, la disposizione del seguente § 33, intorno alla separazione di impuberi che avessero contratto matrimonio. Come poi si possa ottenere dispensa dal divieto civile dell'impubertà, dispone il successivo § 37 di questa Legge ([2]).

§ 5.

I minorenni od anche i maggiori d'età che da sè soli sono incapaci di obbligarsi giuridicamente, non possono contrarre matrimonio senza il consenso del loro padre legittimo. Se il padre è morto od incapace di rappresentare i figli, si esige per essi la dichiarazione del tutore o curatore ordinario ed il consenso del giudice.

1. Questo paragrafo è desunto in sostanza dal § 49 del Codice civile. Se non che, mentre l'impedimento del mancato consenso del padre, o del giudice, è nel Codice civile dirimente il matrimonio, nella attuale legislazione matrimoniale esso non è che impediente. Imperocchè il concilio di Trento condannò la massima, che siano nulli i matrimonii contratti dai figli di famiglia senza il consenso dei loro genitori, e soltanto *proibì* i matrimonii medesimi (Sess. XXIV, *Decr. de reformat. matrim.*, cap. I ([3]), a cui corrisponde il § 68 dell'Istruzione).

([1]) La disposizione di legge di cui ci occupiamo, in quanto stabilisce che le massime canoniche intorno al matrimonio dei cattolici debbansi desumere dall'Appendice II, non può evidentemente contribuire per nulla a determinare il carattere giuridico dell'Istruzione presso i giudizii ecclesiastici. In questo punto la legge del sovrano temporale nulla decide, e con tutt'altri argomenti si vuol sciogliere la quistione proposta nel § 3 della nostra Introduzione.

([2]) Vedi nello Schulte (op. cit., pag. 88) le ragioni della differenza fra il diritto civile austriaco e il diritto canonico intorno all'impedimento dell'impubertà.

([3]) .... *eos sancta synodus anathemate damnat.... qui falso affirmant, matrimonia, a filiis familias sine consensu parentum contracta irrita esse, et parentes ea rata et irrita facere posse: nihilominus sancta Dei ecclesia ex justissimis causis illa semper detestata est atque prohibuit.*

2. Il disposto da questo paragrafo si può riassumere così: colui il quale, avendo pure la fisica capacità al matrimonio, manca tuttavia della facoltà di obbligarsi senza l'intervento di un rappresentante legale, non potere contrar matrimonio senza il consenso di quest'ultimo, se è lo stesso padre legittimo, o senza la dichiarazione del medesimo ed il consenso del giudice, se è un tutore o curatore [1].

Inteso in questo modo il disposto dell'attuale paragrafo, ne consegue un corollario per la retta intelligenza del primo periodo del medesimo. Il tenore di quel periodo sembra sulle prime significare, che, finchè vive il padre, un figlio anche maggiore di età, ma incapace di validamente obbligarsi da sè solo, debba chiedere al padre il consenso al matrimonio, sia o non sia quegli suo rappresentante legale, purchè in questo secondo caso non sia *incapace* di esserlo (vedi il secondo periodo). Ma questa interpretazione sarebbe inesatta e fallace, dacchè egli è manifestamente irragionevole che il curatore di un maggiorenne, il quale curatore tiene luogo del padre, tanto se è costituito durante la vita di questo, quanto se lo è durante la sua incapacità ai doveri di padre, o dopo la sua morte, possa in questi ultimi casi soltanto, e non eziandio nel primo, prestare il consenso al matrimonio del suo rappresentato. Vuolsi ritenere che quanto il primo periodo di questo paragrafo dispone intorno al consenso del padre al matrimonio di figli maggiorenni, incapaci di obbligarsi giuridicamente da sè soli, non si riferisce, secondo la mente del legislatore, se non a que' casi in cui a tali figli maggiorenni sia stata prolungata la patria podestà (Codice civile generale, §§ 172 e 173), oppure sia stato deputato il padre stesso come curatore (vedi Mattei, *I paragrafi*, ecc., § 49, n.° 18). Che se, vivente il padre di un figlio maggiorenne, venne a quest'ultimo deputato un estranio curatore, spetta solamente a costui, e non al padre, dichiararsi intorno al matrimonio del curatelato, qualunque sia stata la causa della cura (vedi Stubenrauch, *Illustraz. al Codice civile generale*, §§ 49-53, n.° 2 [2]).

3. Il rappresentante legale di un minorenne di nascita legittima è il di lui padre, se questi vive, ed è capace di esercitare la propria podestà, oppure il tutore, se il padre è morto, o fu privato della patria podestà (Codice civile, §§ 176 e 177), o finalmente il curatore deputatogli specialmente per qualche atto od affare in cui la rappresentanza del padre o del tutore non possa aver luogo. Anche per la dichiarazione intorno all'ammissibilità del matrimonio di un minorenne rappresentato da un tutore può darsi caso della deputazione di un curatore *ad actum* (Stubenrauch, loc. cit., n.° 4). Rappresentante legale di un maggiorenne incapace per sè solo di obbligarsi è il di lui padre, se ebbe luogo continuazione della patria podestà (Codice civile, §§ 162 e 173), oppure il curatore deputato al medesimo, o nella stessa persona del padre, o in quella di un estraneo.

4. Il diritto dei padri di prestare il loro consenso al matrimonio dei figli legittimi sottoposti alla loro patria podestà, si estende senza dubbio anche ai figli legittimati, in forza della parificazione fra questi e quelli introdotta dai §§ 160 e 161 del Codice civile. Così pure vuolsi ritenere, che ad un figlio adottivo minorenne, che voglia contrarre matrimonio, faccia mestieri il consenso del padre adottivo, perchè il § 183 del Codice civile stabilisce, che fra l'adottante e il figlio adottivo sussistono, in quanto la legge non vi faccia eccezione, eguali diritti come fra i genitori e figli legittimi. E se il consenso al matrimonio del figlio adottato, minorenne, venne dato dal padre legittimo anzichè dall'adottivo, noi opiniamo collo Stubenrauch (loc. cit.) che sia insufficiente, perchè qui si tratta di un diritto di sua natura personalissimo, il quale non può competere nello stesso tempo a due persone.

5. La dichiarazione del tutore o curatore ordinario di cui si parla in questo paragrafo, non è di sua natura, nè sempre, un'espressione di consenso al matrimonio del loro rappresentato. La legge distingue espressamente quella dichiarazione dal consenso esplicito, quale esige dal giudice, e quindi dà a divedere che essa può racchiudere tanto il consenso, quanto il dissenso al matrimonio della persona rappresentata. La parte del tutore e del curatore nel matrimonio di un minorenne o di un curatelato

[1] Il bisogno del consenso del giudice in questo caso discende direttamente da quanto dispongono in generale i §§ 216, 233 e 282 del Codice civile intorno ai rapporti dei tutori e dei curatori col giudice pupillare.

[2] Che anche il prodigo non possa contrarre matrimonio senza la dichiarazione del suo curatore dimostra lo Stubenrauch con parecchie buone ragioni. Ma vuolsi avvertire che le parole *per qualunque siasi motivo*, che leggonsi nel § 49 del Codice civile, furono ommesse nel primo periodo del § 4 di questa Legge.

consiste solamente nel dichiarare il loro avviso qualunque intorno al medesimo; il decisivo consenso viene dalla legge riservato al solo giudice competente.

6. Se parecchi sono i tutori d'un minorenne, la dichiarazione intorno al matrimonio del medesimo compete a quello fra i tutori a cui il giudice affidò la persona del minorenne e l'amministrazione principale degli affari (Codice civile § 210). Se quest'atto del giudice non ebbe luogo, noi opiniamo collo Stubenrauch (loc. cit., n.º 4) che, per analogia del § 1011 del Codice civile, sia necessaria al matrimonio del minorenne la dichiarazione di tutti i tutori.

7. Il contutore, nell'ipotesi di tutela deferita alla madre od all'ava (§ 211]), dovrà, seguendo la norma generale contenuta nel § 213 del Codice civile, sottoscrivere la dichiarazione unitamente alla tutrice, od emettere separatamente la sua diversa opinione, senza però che l'inosservanza di questa prescrizione sia causa d'irregolarità del matrimonio

8. Il Decreto Aulico 17 luglio 1815, contiene delle norme intorno al modo d'accertarsi del consenso del padre legittimo e degli altri rappresentanti legali al matrimonio di minorenni, o di maggiorenni sottoposti a cura, le quali potranno essere utilmente seguite anche in avvenire dai pastori cattolici del nostro Impero. Il consenso del padre legittimo deve, secondo quel decreto, essere dato da lui personalmente nella parocchia alla presenza di due testimonii, inserito nel libro dei matrimonii, e provato o mediante sottoscrizione di sua mano, o mediante sottoscrizione di altri in suo nome, confermata da testimonii; oppure, mediante valido documento sottoscritto da lui e da testimonii, e debitamente legalizzato, il quale deve conservarsi insieme cogli atti di matrimonio. — Nei matrimonii di minori, o di altre persone incapaci di contrarre da sè valide obbligazioni, il cui padre legittimo non è più in vita, od è incapace di rappresentarli, nei minori di nascita illegittima, il consenso voluto dalla legge deve, a sensi dello stesso decreto, essere posto fuori di dubbio mediante documento rilasciato dall'autorità giudiziaria, da ritenersi negli atti di matrimonio.

9. La sanzione della disposizione contenuta in questo paragrafo consiste in generale nelle conseguenze penali comminate dal successivo § 35 a qualunque inosservanza dei divieti di matrimonio portati dalla presente legge, ed in ispecie nel disposto del § 32 della medesima. Quest'ultimo paragrafo nel primo suo capoverso contempla manifestamente lo stesso oggetto, intorno a cui versano i §§ 1222 e 1231 del Codice civile, e quindi pone i medesimi fuori di vigore pel noto principio: *lex posterior derogat priori*, accolto sostanzialmente anche nel § 9 del Codice civile [1]. — Si contravviene poi al disposto di questo paragrafo, sia col contrarre matrimonio senza il consenso del proprio padre, o senza la dichiarazione del tutore o curatore, sia contraendolo prima che la decisione del giudice, a cui spetti consentire al matrimonio, sia passata in giudicato (legge 9 agosto 1854, § 191).

§ 6.

La dichiarazione del tutore ed il consenso del giudice sono pure necessarii pel matrimonio dei figli illegittimi in minor età.

1. Vedi i § 50 e 166 del Codice civile.

2. Se un minorenne di nascita illegittima non ha un tutore, come accade di frequente fra i poveri, e fra i trovatelli, specialmente alla campagna, il Dolliner (*Ausführliche erläuterung des zweiten Hauptstückes des a. b.* 9, vol. V, pag. 102) opina che gli si debba deputare giudizialmente un rappresentante, il quale faccia la sua dichiarazione intorno al matrimonio del medesimo. secondo il procedimento additato nel § 51 del Codice civile. Quest'avviso è specialmente da seguirsi, riguardo ai trovatelli, dovunque non vige una disposizione eguale a quella contenuta nella Circolare dell'Appello Lombardo del 26 giugno 1858 intorno alla giudiziale deputazione di un tutore agli illegittimi e trovatelli, dopo la cessazione della tutela legale esercitata sui medesimi dalle Direzioni degli Ospizii in cui furono ricoverati.

[1] I dottori Orefici e Lazzarini (op. cit., pag. 255) opinano in contrario che i §§ 1222 e 1225 del Codice civile siano ancora in vigore dopo la promulgazione della nuova Legge matrimoniale pei cattolici. La loro opinione non potrebbe accettarsi tutt'al più che per quelle ommissioni che il contenuto di quei paragrafi del Codice civile subì nel venire assunto nel § 32 di questa Legge.

§ 7.

Quale consenso debba produrre uno straniero minorenne per poter contrarre matrimonio, deve giudicarsi secondo le leggi dello Stato al quale il medesimo appartiene.

1. Il principio sancito in questo paragrafo, lo era già nel § 51 del Codice civile, e deriva direttamente dalla massima consegnata nel § 34 di detto Codice, che della personale capacità degli stranieri ad intraprendere negozii legali si debba giudicare secondo le leggi del luogo in cui lo straniero ha domicilio o dimora. Egli è fuor di dubbio che la legge forestiera a cui questo paragrafo allude, non potrà mai, più dell'austriaca, far riguardare il difetto di consenso di terze persone al matrimonio di un minorenne come impedimento dirimente innanzi ai tribunali austriaci.

2. Un minorenne forestiero non può contrar matrimonio in Austria, se non prova mediante testimonianza non sospetta della competente superiorità del suo Stato, che al suo matrimonio non si richiede secondo le patrie sue leggi consenso di terze persone, o che questo consenso gli fu debitamente prestato (Decr. della Cancell. Aulica 21 dicembre 1815). La conoscenza poi delle leggi dello stato cui il minorenne forestiero appartiene, si esige naturalmente nel pastore austriaco che deve congiungerlo in matrimonio, e nel giudice austriaco, onde i medesimi sappiano se e quali ricapiti debbano esigere dal primo.

3. Colla scorta del succitato Decreto della Cancelleria Aulica si può ritenere che la legalizzazione dei documenti prodotti da un minorenne forestiero per provare la sua capacità a contrarre matrimonio secondo le leggi del proprio Stato, non si richiede se non allorquando, essendo già muniti i medesimi documenti del suggello d'ufficio, insorgano tuttavia dubbii sulla loro genuinità.

4. Questa legge ha abbandonato il procedimento ordinato dal § 51 del Codice civile, nel caso in cui lo straniero minorenne, che vuol contrarre matrimonio negli stati austriaci, non possa produrre il necessario consenso secondo le leggi del suo paese. Lo Schulte insegna a ragione (op. cit., pag. 94) che la causa di questo cambiamento di legislazione si è la nessuna difficoltà reale di procurarsi tale consenso. E perciò noi siamo d'avviso, che, verificandosi tuttavia il raro caso previsto dal § 51 del Codice civile, anche dopo la promulgazione della nuova legge matrimoniale, vi si possa ancora con buon fondamento applicare il disposto di quel paragrafo ([1]). Così opina anche il Nardi (*Diritto matrimoniale cattolico,* ecc. Padova, 1857, pag. 85). Quale sia poi il rapporto del curatore, deputato in questo caso al minorenne forestiero, col giudice pupillare, e quale debba essere l'indole della sua dichiarazione intorno al matrimonio del curatelato, spiega diffusamente il Dolliner (op. cit., pag. 104-110).

5. Alcuni commentatori del § 51 del Codice civile si domandarono, se il disposto del medesimo si dovesse applicare anche ai maggiorenni forestieri sottoposti a cura. Evidentemente questa domanda non è plausibile che pei casi in cui ad un maggiorenne forestiero sia stato deputato il curatore dal giudice forestiero, e non dal giudice austriaco. Ma anche per tali casi noi non ce la proponiamo relativamente al § 7 della nuova Legge matrimoniale. Imperocchè, o la causa della cura è l' imperfezione delle mentali facoltà del maggiorenne, ed al suo matrimonio in Austria osta abbastanza questa imperfezione istessa, o è tutt'altro motivo, non apparente al di fuori, e il pastore o il giudice austriaco nè possono sospettare l'esistente curatela, nè quindi decidersi ad esigere il consenso al matrimonio da parte del curatore forestiero.

§ 8.

Se ad un minorenne o a persona soggetta a cura viene denegato il consenso al matrimonio, quelli che aspirano a contrarlo, credendosi gravati, hanno il diritto d'invocare l'autorità del giudice ordinario.

1. Il ricorso all'autorità del giudice ordinario di cui tratta questo paragrafo spetta manifestamente tanto alla parte cui fu negato il consenso, quanto all'altra per avven-

([1]) Lo Schulte avverte che il contenuto del § 51 del Codice civile proviene da Ordinanze dell'8 e 12 marzo 1796, e 18 luglio 1803 nei quali tempi di grandi guerre vi era bisogno di simile espediente, specialmente a favore degli emigrati.

tura non soggetta ad alcun rappresentante; poichè la legge li concede in generale a quelli che aspirano a contrarre il matrimonio (Dolliner, op. cit., vol. I, pag. 115; Stubenrauch, op. cit., §§ 49-53 n.° 6).

2. Può invocarsi l'autorità del giudice ordinario tanto contro il padre che nieghi il suo consenso al matrimonio del figlio sottoposto alla sua podestà, quanto contro il tutore o curatore, i quali o non si vogliano prestare ad emettere la loro dichiarazione intorno al matrimonio del pupillo o curatelato, oppure in qualunque altro modo attraversino la conclusione del matrimonio stesso (Dolliner, op. cit., § 22, n.° 1). Il pupillo poi ed il curatelato possono ambedue far uso dei mezzi legali anche contro la decisione del giudice, il quale abbia rifiutato il suo consenso alla conchiusione del loro matrimonio. Nei primi due casi il giudice da invocarsi è il foro personale del padre, se contro il padre si fa riclamo giudiziale, ed è il giudice della tutela o della cura, se reclamasi contro il tutore od il curatore (vedi la Norma di Giurisdizione 20 novembre 1852, §§ 78 e 79). Nel terzo caso si fa rimostranza al giudice istesso della tutela o della cura, che ha rifiutato il suo assenso al matrimonio, oppure si ricorre alle superiori istanze, il tutto secondo le norme contenute nelle leggi sulla procedura volontaria (vedi la Patente Imperiale 9 agosto 1854, §§ 9-16). Queste medesime norme possono tornare in acconcio anche nei primi due casi, quando, essendo stata emanata la decisione del giudice di cui si è invocata l'autorità, voglia alcuno far uso dei mezzi legali contro di essa.

3. Anche il padre, il tutore ed il curatore possono far uso degli ordinarii mezzi di diritto, additati e regolati dalle leggi sulla procedura volontaria, il primo contro una decisione ottenuta per avventura dal figlio sottoposto alla sua podestà, contraria al dissenso da lui espresso al matrimonio del medesimo, i secondi contro l'opinione espressa dal giudice intorno al matrimonio del pupillo o del curatore, che sia per avventura contraria alla loro dichiarazione (§ 191).

4. La legge 9 agosto 1854 sulla procedura in affari non contenziosi attribuì, come già si è notato (al § 5 n.° 9), efficacia sospensiva al ricorso pendente, o finchè può essere interposto, contro il decreto con cui siasi dato dalla prima istanza consenso al matrimonio di un pupillo, in opposizione alla volontà del tutore, o siasi conceduta dal Tribunale di Appello licenza ad un matrimonio non acconsentito dalla prima istanza. Che anzi la stessa legge vuole che di ciò si faccia analoga avvertenza in quei decreti.

§ 9.

Cattivi costumi o principii provati o notorii, malattie contagiose o difetti corporali che impediscono lo scopo del matrimonio nella persona colla quale il minorenne vuole contrarlo, e mancanza dei mezzi necessarii di sussistenza, sono giusti motivi per denegare il consenso alla conclusione del matrimonio.

1. Questo paragrafo fu desunto dal § 53 del Codice civile, colla sola differenza, che nel primo si annoverano anche i *cattivi principii* di alcuna delle parti che vogliono contrarre matrimonio, come giusto motivo di negare il consenso al medesimo, mentre nel secondo tale motivo non è accennato.

2. Il modo, in cui è concepito questo paragrafo, non esclude che altri motivi si possano addurre onde negare il consenso al matrimonio, oltre quelli ivi annoverati. Anche la maggior parte dei commentatori del § 53 del Codice civile, reputano la enumerazione ivi fatta dimostrativa, e non tassativa. Pertanto noi crediamo che il consenso al matrimonio si possa giustamente denegare pei seguenti motivi additati dal Dolliner (op. cit., § 23): grande disparità di età e di condizione, rozzezza, o soverchia eterogeneità di carattere, troppo breve conoscenza, la quale non abbia permesso di debitamente apprezzare le qualità dell'animo, od altre circostanze, degne di riguardo, della controparte, relazioni sospette di quest'ultima, che facciano dubitare sulla di lei futura fedeltà.

3. Oltre ai motivi per cui si può denegare il consenso al matrimonio, questa egge non enumera i riguardi che vogliono si invece osservare nel darlo. Ma questi riguardi sono pei giudici additati dalla legge (9 agosto 1854) sulla procedura in affari non contenziosi (§ 190); e pei genitori devono essere consigliati abbastanza bene dalla loro esperienza e dal naturale affetto verso i loro figli.

§ 10.

Quali persone attinenti all'esercito, o soggette altrimenti alle Autorità militari non possono contrar matrimonio senza regolare permesso, vien determinato dalle leggi militari.

1. L'impedimento matrimoniale civile dello stato militare, prima della recente riforma delle leggi matrimoniali austriache, era dirimente, cioè un matrimonio contratto contro il medesimo era invalido (Patente Imperiale 10 giugno 1812, § 25). Ma attualmente, poichè nessun divieto matrimoniale della legge civile può dirimere alcun matrimonio di persona cattolica, l'impedimento dello stato militare non ha più altre sanzioni che quelle portate dal Codice penale militare del 15 gennajo 1855 ai §§ 780 e 781 (citati nel § 55 di questa Legge).

2. L'Ordinanza ministeriale del 29 novembre 1853 inculcò nuovamente la regola non potersi senza permesso scritto previamente ottenuto dalla competente autorità militare, accordare la benedizione nuziale a persona appartenente alla milizia, si trovi la medesima in *servizio attivo*, od in *permesso*, o *riserva*, od appartenga al ceto dei *pensionati* o degli *invalidi*.

3. La legge fondamentale, attualmente in vigore intorno alle persone militari che non possono contrarre matrimonio, senza licenza de' loro superiori militari, e intorno alle autorità militari cui spetta emanare simile licenza, è la Normale sui matrimonii nella I. R. armata del 10 giugno 1812 ([1]). In forza di questa legge, dice il Pachmann (citato da Kutschker, *Das eherecht der Katholischen Kirche*, vol. III, pag. 662), osta l'impedimento matrimoniale dello stato militare: *a*) a coloro ai quali secondo il sistema militare vigente nell'impero austriaco spetta il nome di *soldato austriaco*, abbiano essi o no il rango d'ufficiali (superiori, o sott'ufficiali), siano addetti immediatamente al servizio delle armi, o ad altre mansioni, vengano adoperati, realmente o no, nell'ufficio loro, sottostiano alla giurisdizione militare od alla civile, siano originarii sudditi austriaci, o forestieri che servono nello Stato austriaco; *b)* a coloro, i quali, benchè non siano chiamati alle armi o ad altro servizio militare, e quindi non siano, nè possano dirsi con fondamento soldati, tuttavia hanno il carattere di ufficiali, di pensionati militari, o di invalidi, sia che possano essere adoperati a servizii indispensabili anche alla milizia, oppure si trovino del tutto fuori di servizio, ma siano usciti dall'armata, conservando il carattere militare. Oltre a queste persone, si può ritenere che l'impedimento dello stato militare osti anche alle vedove ed ai figli dei militari, ed ai servitori dello stato civile, addetti a persone militari (vedi Kutschker, op. cit., pag. 665; Dolliner, op. cit., § 24, n°. 10), ma non anche ad altre persone che costantemente soggiornino presso individui militari. (Decreto del Consiglio Aulico di Guerra 10 agosto 1826; Circolare 30 settembre 1830 del Governo di Milano; Circolare 27 agosto 1835 del Governo di Venezia).

4. Ulteriormente alla Normale succitata sono uscite altre disposizioni di legge intorno ai matrimonii dei militari, che fanno supplemento alla prima; tali sono:

a) Il Decreto Aulico 7 marzo 1815, il quale concesse ai soldati di religione israelitica la facoltà di contrar matrimonio col consenso dei loro superiori militari, secondo le norme della legge 12 giugno 1812, che in questa legge (§ 59) era loro denegata.

b) L'Ordinanza del 1 marzo 1820, la quale proibisce i matrimonii dei cadetti di qualunque specie.

c) L'Ordinanza 27 luglio 1822 intorno alla licenza al matrimonio dei generali addetti alla marina, e dei capitani dei vascelli di linea aventi grado di capitano, ed a quella al matrimonio degli addetti ai differenti corpi della marina, e la legge 20 febbrajo 1824, la quale, fra le altre cose, regolò anche le licenze ai matrimonii degli ufficiali superiori e di stato maggiore, e dei medici superiori, e di corpo, della marina.

d) L'Ordinanza 28 dicembre 1824 intorno alla licenza di cui devono essere muniti i medici superiori ed inferiori ed i chirurghi superiori addetti alle milizie, onde contrarre matrimonio. Fanno supplemento a questa Ordinanza il Rescritto 10 gennajo 1822 intorno ai matrimonii degli allievi dell'Istituto medico militare, e la Risoluzione Sovrana dell'11 settembre 1852, cui tenne dietro un'Ordinanza del Ministero della

([1]) Pubblicata anche nel Regno Lombardo Veneto. (Vedi la Collezione veneta, vol. III, parte I, pag. 466; vol. XXVII, parte III, pag. 155, e la Raccolta lombarda del 1816, vol. II, parte II, pag. 141 e 572.)

Guerra, ed un'altra del Ministero del Culto del 30 settembre 1852, sulla licenza necessaria al matrimonio degli *alunni* della ora cessata Accademia Giuseppina.

e) La Risoluzione Sovrana 16 gennajo 1826, che esige dalle persone dello stato civile, addette a qualsiasi ramo dell'amministrazione militare, il permesso dei loro superiori onde possano contrarre matrimonio, e regola la prestazione di un tale permesso ([1]). A questa Sovrana Risoluzione furono emanate declaratorie, quali l'Ordinanza 25 novembre 1826, la quale estese l'applicazione della prima anche ai praticanti giurati, e la Risoluzione Sovrana 18 giugno 1831, la quale sottrasse all'applicazione di quella legge gli impiegati addetti ai differenti rami di servizio nei confini militari, e stabilì speciali regole intorno al permesso che i medesimi devono procurarsi onde contrarre matrimonio. Finalmente il contenuto della Risoluzione Sovrana 16 gennajo 1826 venne particolarmente confermato nel 1854 per gli impiegati addetti al servizio economico, e di contabilità delle truppe, in quanto questo non tocchi l'amministrazione stessa. Tali impiegati militari vengono dichiarati sottoposti alla giurisdizione militare negli affari di diritto civile e nelle cause penali.ed al clero militare nelle faccende spirituali.

f) La Risoluzione Sovrana del 3 marzo 1857 ([2]) la quale conferma le anteriori prescrizioni intorno alla licenza al matrimonio dei militari in permesso fino al richiamo. Tali prescrizioni confermate sono: il Decreto Aulico, 14 febbrajo 1784, il quale esige pel matrimonio dei soldati in permesso il consenso del comando del loro reggimento o corpo; il Decreto Aulico 4 ottobre 1810, il quale dà norma intorno ai documenti di cui devono essere corredate le domande di consenso al matrimonio dei militari in permesso ([3]). Le disposizioni intorno alla licenza da impartirsi al matrimonio dei soldati in permesso vennero dichiarate applicabili anche agli individui appartenenti al corpo del treno, che pure trovinsi in permesso, mediante Aulico Decreto del 6 agosto 1812.

g) L'Ordinanza 29 ottobre 1838, e l'altra 1 aprile 1846, sulla licenza da compartirsi al matrimonio degli ufficiali ed impiegati del ramo monture.

h) L'Istruzione del 16 agosto 1839 sulle licenze ai matrimonii impartite dai comandanti dei reggimenti, battaglioni e corpi che non hanno proprietario;

i) La Legge Organica per la Gendarmeria del 18 gennajo 1850, la quale (§ 1), dichiarando il corpo della Gendarmeria parte integrante dell'imperiale regia armata, estende implicitamente agli individui appartenenti alla medesima le leggi e le norme vigenti alla licenza al matrimonio dei militari.

k) L'Ordinanza 23 dicembre 1851 sulle licenze ai matrimonii degli ufficiali del ramo reclutamento.

l) La Risoluzione Sovrana 25 luglio 1852 intorno alla licenza al matrimonio degli individui appartenenti alla guardia militare di polizia. Complementare a questa Sovrana Risoluzione è il § 131 dell'Istruzione per la polizia del 1853.

m) la Patente Imperiale del 31 luglio 1852 ([4]), da cui fu introdotta la *riserva* in luogo dell'anteriore istituzione della *landwehr*, e i relativi dispacci del Ministero del Culto e dell'Istruzione, del 25 novembre 1852, e del 25 gennajo 1854. Benchè chi appartiene alla riserva sottostia, finchè non si trova in servizio attivo, alla giurisdizione del clero civile, tuttavia egli non può contrarre matrimonio senza il consenso dell'autorità militare, a cui lo dovrebbe chiedere, se si trovasse in servizio attivo (§ 11 di detta Patente).

n) La Risoluzione Sovrana 24 novembre 1852 sulle licenze ai matrimonii degli ufficiali ed impiegati nelle accademie militari, negli istituti de' cadetti, nelle compagnie di scuola, ed in generale negli stabilimenti di educazione militare.

o) L'Ordinanza 22 agosto 1856 sulle licenze ai matrimonii degli abitanti dei confini militari, non arruolati.

5. La licenza necessaria al matrimonio dei militari doveva, secondo il § 54, essere presentata in iscritto. Il § 10 della nuova Legge matrimoniale non prescrive questa

([1]) Il contenuto di questa Sovrana Risoluzione venne ripetuto in una istruzione del Vicariato militare di campo del 13 gennajo 1847.

([2]) Pubblicata con Notificazione del Governo Veneto del 30 settembre 1858.

([3]) I matrimonii conchiusi dai militari diconsi di *prima*, o di *seconda classe*. Matrimonii di *prima classe* diconsi quelli conceduti nel numero stabilito (8 per ogni 100 uomini di fanteria, e 4 per ogni 100 uomini di cavalleria) ai bassi uffiziali e semplici soldati. Le mogli dei soldati maritati in questo modo sottostanno coi loro figli alla giurisdizione militare, dividono coi mariti il mantenimento gratuito, godono e sono rivestite di tutti gli altri benefizii militari loro destinati. Nei matrimonii della *seconda classe* invece la moglie rinuncia ai benefizi militari delle mogli nei matrimonii di prima classe, e si obbliga a non seguire il proprio marito nella caserma o nel quartiere. I matrimonii dei soldati in permesso sono tutti di *seconda classe*.

([4]) Confermata nella nuova Legge sul complemento dell'esercito, del 29 settembre 1858 (§ 6).

forma; che cosa è ora da ritenersi intorno alla necessità della medesima? La normale 10 giugno 1812, non contiene, come notò il Dolliner (op. cit., § 24, n.º 5), alcuna dilucidazione in proposito. Noi però crediamo che la forma scritta di quella licenza venga resa abbastanza necessaria dal dover la medesima essere prodotta come documento all'atto della conclusione del matrimonio da colui che la ottenne.

§ 11.

In quanto la persona che aspira al matrimonio abbia a ciò necessario un permesso per parte dell'Autorità politica o de' suoi superiori d'ufficio, è da desumersi dalle Ordinanze politiche e dalle normali d'ufficio.

1. La disposizione contenuta in questo paragrafo mancava nel Codice civile; tuttavia le norme vigenti nell'Impero Austriaco intorno al consenso dei superiori d'ufficio, ed al così detto consenso politico al matrimonio di certe persone, sono di molto anteriori alla nuova Legge matrimoniale, ed alcune anche allo stesso Codice civile. Le prime sono contenute in Decreti Aulici del 29 luglio 1800, e 17 marzo 1801 e in una Risoluzione Sovrana del 12 gennajo 1815. L'Istruzione Ministeriale del 7 aprile 1850 regolò l'impartimento del consenso al matrimonio che spetta ai comuni, e un'altra Ordinanza del Ministero dell'Interno del 21 dicembre 1851 inculcò nuovamente l'osservanza delle prescrizioni contenute nella Risoluzione Sovrana 12 gennajo 1815 nell'Ungheria, nella Transilvania, nella Croazia, nella Slavonia, nel Voivodato Serbico, e nel Banato. Posteriormente l'Ordinanza Ministeriale del 19 gennajo 1853 [1] in base a Sovrana Risoluzione del 14 settembre 1852, trasferì all'autorità politica distrettuale la facoltà di prestare la licenza ai matrimonii, che prima apparteneva ai Comuni. E il bisogno di questo consenso, rilasciato dall'Autorità distrettuale, in quei paesi, in cui lo si esige per le persone dello stato civile, venne da Circolare del 23 settembre 1858 del Comando superiore dell'armata, confermato anche pei matrimonii dei militari, che trovinsi in servizio attivo, od in permesso, o nella riserva, siccome da allegarsi alla stessa domanda della licenza militare [2]. Non tutte però queste leggi e disposizioni intorno al consenso politico al matrimonio sono in vigore in tutte le parti della Monarchia; e il § 11 della nuova Legge matrimoniale ha il solo effetto di confermare quelle leggi intorno al consenso politico al matrimonio che nei singoli paesi furono pubblicate.

2. Le leggi vigenti nel Regno Lombardo-Veneto intorno al consenso politico ed a quello dei superiori d'ufficio al matrimonio di certe persone sono le seguenti: *a*) l'art. 73 del settimo statuto costituzionale del cessato Regno d'Italia, relativo ai maggioraschi, in data 22 settembre 1808, che fa divieto alla vedova del titolare, nel caso in cui il maggiorasco ancora sussista, di maritarsi senza il sovrano permesso (divieto confermato da Sovrana Risoluzione 3 dicembre 1825, notificata con Circolare 27 gennajo 1826 del Governo di Milano, e 3 marzo 1826 del Governo di Venezia; *b*) i già mentovati Aulici Decreti 29 luglio 1800, e 17 marzo 1801, estesi al Regno Lombardo-Veneto dal Decreto Aulico 31 luglio 1818; *c*) Il Regolamento 5 maggio 1828, pel quale venne prescritto ai mineranti addetti allo stabilimento montanistico di Agordo di ottenere previo permesso dal rispettivo I. R. Ispettorato, onde contrarre matrimonio; *d*) il Regolamento 31 maggio 1821 per la Guardia di Finanza, pel quale è prescritto, a tutti gli individui della guardia di confine, eccettuati i commissarii e gli impiegati di rango superiore alla guardia, di ottenere previo assenso dal Magistrato Camerale (ora Prefettura di Finanza) onde contrarre matrimonio; la quale disposizione venne da Ordinanza del Ministero delle Finanze del 27 novembre 1857 dichiarata applicabile anche agli individui della guardia di finanza, che trovinsi in temporanea quiescenza, e non sciolti dal vincolo di servizio, soggiungendo inoltre, che a tutte queste persone non si permetta il matrimonio che in casi eccezionali, quando col matrimonio venga comprovato un essenziale miglioramento della posizione del funzionario; *e*) il Decreto del Ministero dell'Interno 4 maggio 1852 (notificato da Circolare della Luogotenenza Lombarda 11 maggio 1852, e della Luogotenenza Veneta 12 successivo) il quale prescrive che nessun suddito austriaco appartenente ad altro dominio della Monarchia possa essere ammesso a contrarre matrimonio nel Regno

[1] Fra noi resa nota da Circolare della Luogotenenza di Lombardia, del 2 novembre 1858.

[2] Questa Circolare abroga l'Ordinanza del Ministero della Guerra del 7 aprile 1851, la quale prescriveva in ogni caso la produzione dell'assenso comunale al matrimonio di militari in permesso, onde potesse accordarvisi la licenza dell'autorità militare.

Lombardo-Veneto, ove non produca certificato di relativo consenso rilasciato od approvato dall'Autorità politica della sua comunità, oppure certificato della stessa autorità sul non occorrergli tale consenso; *f*) la Sovrana Risoluzione 28 novembre 1852 che regola il servizio degli impiegati ed inservienti dipendenti dalla Direzione generale delle comunicazioni, ed ordina fra le altre cose (§ 20), che gli impiegati, i quali non percepiscano almeno un soldo annuo di seicento fiorini se trovinsi nella capitale di un dominio, e di cinquecento in altri luoghi, non possano contrarre matrimonio senza previo permesso dell'autorità, cui spetta il diritto di nomina, il quale ordine viene poi ripetuto (§ 22) anche per gli inservienti, senza far distinzione fra essi a cagion di salario, e, quanto agli impiegati ed inservienti che prestano l'opera loro in via meramente provvisoria, prescrive, (§ 55) che per contrarre matrimonio, essi debbano riportare previo consenso del Ministero del Commercio. Tutte queste disposizioni però sono altrettante eccezioni alla regola generale, riconosciuta anche da Decreto Aulico 7 giugno 1833, che nel regno Lombardo-Veneto servono di norma intorno ai matrimonii le sole prescrizioni del Codice civile, ed ora, direbbesi, le sole prescrizioni della nuova Legge matrimoniale civile.

3. Una recente disposizione relativa al consenso politico al matrimonio, valida in tutta l'estensione dell'impero, è contenuta nella nuova legge sul complemento dell'esercito, pubblicata colla Patente Imperiale 29 settembre 1858, ed entrata in vigore a cominciare dal 1 novembre 1858. Il § 8 di questa Patente dispone, che « colui, il » quale non è legalmente immune dall'entrare nell'esercito, oppure non è visibil» mente o per giudizio di una commissione di leva riconosciuto per sempre inabile » al servizio militare, non può contrar matrimonio prima di aver superata la seconda » classe. Un permesso di matrimonio può dall'autorità politica del Dominio essere ac» cordato, in via di eccezione, nel caso di circostanze meritevoli di particolare ri» guardo; ma siffatto permesso non implica un'esenzione dall'obbligo di coscrizione » durante la prima e la seconda classe. » — Lo scopo di questa nuova restrizione alla facoltà di contrarre matrimonio si è quello di rendere più rari i matrimonii conchiusi in età nella quale, invece di togliere od attenuare gli obblighi coscrizionali, sarebbero invece essi medesimi esposti a venirne disturbati e attraversati (veggasi il § 5, capoverso 1.° di detta Patente). — Quali persone siano immuni dal servizio militare, è determinato dalla stessa Patente. — La sanzione poi della prescrizione in discorso è portata dal § 44, capoversi 3.° e 4.°, della Patente 29 settembre 1858, il cui tenore verrà da noi riportato nelle note al § 35 della presente Legge.

4. Sanzione generale al divieto matrimoniale dell'assenso politico non prestabilisce questa legge, ma, come si rileva dal § 35, ognuna delle disposizioni che vi si riferiscono, porta seco una propria sanzione speciale.

§ 12.

Al delinquente condannato a morte, od al carcere duro, non è concesso di contrar matrimonio, dal momento dell'intimatagli sentenza, fino all'eventuale condono, o rispettivamente fino a che dura il tempo della pena.

1. La disposizione contenuta in questo paragrafo esiste anche nel § 61 del Codice civile, con queste sole differenze, che il Codice civile non parla delle condanne a morte, come ne parla il § 12 della nuova Legge matrimoniale, e parla invece delle condanne al carcere durissimo, delle quali nella nuova legge matrimoniale si tace, siccome sconosciute al nuovo Codice penale 27 maggio 1852 (§ 14); inoltre il § 61 del Codice civile fa cominciare l'incapacità al matrimonio, di cui tratta, dal *giorno* della pubblicazione della sentenza, mentre il § 12 della attuale Legge matrimoniale la fa cominciare invece dal *momento* di quella. Finalmente è a notarsi, che, mentre il § 61 del Codice civile colpisce d'invalidità un matrimonio contratto contrariamente al suo disposto, il § 12 della nuova Legge matrimoniale invece non contiene che un mero divieto matrimoniale civile, contravvenendo al quale si incorre soltanto nelle conseguenze contemplate dal susseguente § 35; ed eventualmente anche in quelle contemplate dal § 73 (capov. 2).

2. Il contenuto di questo paragrafo è un diretto corollario di quanto il vigente Codice penale (§ 27 *b*) stabilisce intorno alla capacità civile dei condannati per crimine, a' quali durante il tempo della condanna viene proibito di validamente obbligarsi per atti tra vivi; se non che, come già si è detto (nota prec.), un matrimonio contratto

da chi vi sarebbe impedito per subita condanna criminale non manca più attualmente di validità.

3. Onde il divieto civile contemplato da questo paragrafo trovi applicazione, sono a riputarsi necessarii i seguenti estremi: *a*) la condanna criminale deve essere stata pronunciata dopo regolare dibattimento finale, non potendo tenerne luogo nè un *conchiuso* di *desistenza*, emanato nel corso dell'inquisizione preliminare, nè un *conchiuso di cessazione*, emanato durante l'inquisizione speciale, o in esito al dibattimento, nè un *proscioglimento dall'accusa per insufficienza di prove*, od *una assoluzione per innocenza*, con cui siasi dato esito al dibattimento finale; *b*) il giudice che pronunciò la condanna deve essere stato competente, sia per ragione del crimine, che per ragione del delinquente; *c*) la condanna deve essere stata pronunciata nello stato austriaco, non in estero Stato, perchè alle condanne pronunciate all'estero niega pari efficacia a quella delle nazionali il § 36 del vigente Codice penale; *d*) deve essere stata pubblicata al reo la sua condanna; *e*) la condanna stessa deve non essere più soggetta ad ulteriore ricorso, in altre parole, passata in giudicato, secondochè stabilisce in generale il § 17 del vigente Codice penale, parlando degli effetti legali di ogni sentenza penale. Quest'ultimo requisito fu sempre oggetto di viva controversia nel diritto matrimoniale del Codice civile, e il Dolliner stesso esita non poco fra l'opinione che il medesimo sia per questo codice necessario, e l'opinione opposta (op. cit., § 31 *d*). Non v'ha dubbio, che il sospendere ogni effetto legale di una sentenza penale, non ancora passata in giudicato, sia una diretta conseguenza del generale principio, che l'appellazione sospende l'esecuzione di ogni sentenza; il fare eccezione a questo principio rispetto alla incapacità di contrarre matrimonio di chi subì una sentenza di condanna per crimine, non può giustificarsi con alcuna buona ragione, e può condurre invece a risultati pratici molto sconvenienti. In vero, se si verificasse caso in cui un matrimonio, contratto da persona condannata per crimine e dichiarato invalido in prima istanza, mentre pendeva il ricorso interposto contro la sentenza di condanna, venisse in seguito convalidato, perchè le istanze superiori cassarono la sentenza della prima, e vi sostituirono invece una sentenza assolutoria, non potrebbe sembrar in questo modo abbastanza conservato il decoro dell'amministrazione della giustizia. Pertanto vuolsi ritenere, che, se un condannato per crimine sia riuscito a contrarre matrimonio dopo la pubblicazione della sentenza di prima istanza, e prima che questa sentenza sia passata in giudicato, egli non avrà violato in alcun modo le leggi civili, se poi dietro il suo ricorso contro la pronunciata condanna, questa verrà finalmente dalle superiori istanze rivocata, nè alcun pregiudizio comminato ai contravventori al § 12 di questa Legge gli potrà venire inflitto.

4. Anche ai condannati per crimine in contumacia (assenti o fuggitivi) si applica la disposizione contenuta in questo paragrafo, in un colle conseguenze connesse alla sua inosservanza. Ciò discende dall'essere le sentenze penali, pronunciate in contumacia del reo, vere sentenze, ed è anche implicitamente confermato dal generale disposto del § 393 del vigente regolamento pel processo penale. Ogni effetto di una condanna contumaciale per crimine, decorre del pari dal momento della sua pubblicazione, la quale si fa secondo il § 392 di detto regolamento. Ma in tutti gli effetti legali di siffatta condanna, e quindi anche in quello che riguarda la capacità del condannato a contrar matrimonio, vuolsi distinguere lo stadio che corrisponde al tempo durante il quale il condannato continua ad essere contumace, da quello che corrisponde al tempo posteriore all'arresto del contumace e al conseguente proseguimento del processo. In questo secondo stadio non si ha più alcun riguardo alla condanna contumaciale, e si attende una nuova decisione, che potrà essere o no conforme alla prima, ed aver quindi effetti eguali o differenti da essa. (Regolamento del processo penale, § 394, capoverso 1); e soltanto se la sentenza proferita nel secondo stadio sia identica alla contumaciale, si conservano gli effetti di questa, cui già per avventura produsse, o dovea produrre, facendoli decorrere dal momento in cui venne emanata (vedi il regolamento suddetto, § 394, capoverso 2). Pertanto, se un condannato per crimine in contumacia avesse contratto matrimonio nel tempo intermedio fra la pubblicazione della sentenza contumaciale, e il suo arresto, e la nuova sentenza, emanata dopo il suo arresto, fosse conforme alla contumaciale, egli sottosterebbe, in virtù della nuova sentenza, alle conseguenze legali dell'inosservanza del § 12 della nuova Legge matrimoniale, in quanto ciò fosse possibile, fin dal momento della pubblicazione della sentenza contumaciale. Se in vece la nuova sentenza, passata in giudicato, fosse contraria alla

prima pronunciata in contumacia, il matrimonio contratto in seguito a questa sentenza, ed in contravvenzione al § 12 della nuova Legge matrimoniale, dovrebbe riguardarsi fin dall'origine come perfettamente regolare.

5. Nei casi di riassunzione di un processo (vedi il Regolamento del processo penale §§ 365-376) nel quale siasi pronunciata una condanna cui vadano congiunti gli effetti contemplati dal § 12 della nuova Legge matrimoniale, dipende dall'essere la nuova sentenza identica o no alla prima, il considerarsi regolare o no fino dalla sua origine un matrimonio per avventura contratto dopo la pubblicazione della prima sentenza di condanna. E per conseguenza dipende anche dall'essere le due sentenze identiche o contrarie il congiungersi o no a quel matrimonio, in un cogli altri effetti, anche quelli contemplati dalla presente Legge matrimoniale, se diasi il caso che non siano già stati applicati, od almeno il sospendersi o togliersi i medesimi, in quanto sia possibile, se il contrario accadde.

6. Come si è già notato qui sopra (n.º 1) le sanzioni della disposizione contenuta nel presente paragrafo sono quelle generali contemplate dal § 35, e la particolare stabilita nel § 73, capoverso 2 di questa Legge. Quest'ultimo passo di legge accorda al conjuge di un condannato per crimine, scevro dal canto suo di ogni colpa, gli stessi diritti in confronto dell'altro conjuge, che attribuisce al marito il quale trova la moglie fecondata da un terzo, fuori del caso contemplato dal § 121 del Codice civile. Vuolsi però avvertire, che nessuna di tali sanzioni può infliggersi ad un condannato a morte, il quale nel frattempo fra la pubblicazione e l'esecuzione della sentenza sia per avventura riuscito a contrarre matrimonio; non la prima, perchè la pena di morte non può per le vigenti leggi essere inasprita (Codice penale, § 50), non la seconda, perchè il conjuge superstite non può evidentemente aver bisogno di provocarla.

7. Il divieto matrimoniale di cui tratta questo paragrafo è detto durare tanto quanto la pena; pertanto tutti i modi pei quali quest'ultima finisce renderanno altresì inapplicabile il primo. Tali modi sono: il *a*) *compimento* della pena (Codice penale, § 225); *b*) il *condono* della pena, che (ibid., § 226) equivale al compimento di essa. Ciò dicasi per altro solamente di un matrimonio che il condannato contragga dopo finita la pena, non già eziandio di un matrimonio che egli abbia per avventura contratto durante la medesima; le conseguenze pregiudizievoli di questo fatto contrario alla legge, in quanto possano durare anche oltre il termine della pena ([1]), non vengono sospese in forza della cessazione di questa, appunto perchè anteriormente prodotte.

8. Anche pei militari sussiste il divieto matrimoniale contemplato da questo paragrafo perchè anche per essi sono possibili le condanne a morte od a carcere duro (Codice penale militare 15 gennajo 1855, § 23), e a queste condanne va annessa la stessa conseguenza contemplata dal § 27 lett. *b* del Codice penale 27 maggio 1852, per gli individui dello stato civile.

9. Per la dispensa dal divieto matrimoniale di cui tratta il presente paragrafo, veggasi il § 37 di questa Legge.

§ **13.**

Non possono contrarre matrimonio fra loro due persone il cui adulterio insieme commesso sia provato giudizialmente.

1. Il diritto romano dapprima (*L. 13 D. de his quae ut indignis auferuntur*) e poscia tutte le moderne legislazioni che ebbero origine da quello opposero ostacoli al matrimonio fra persone che insieme commisero adulterio. Riguardi evidenti alla morale ed alla sicurezza pubblica consigliarono simile provvedimento legislativo, e lo giustificheranno pienamente in ogni tempo. Questo è però un punto il cui ordinamento non è uniforme in tutte le leggi che se ne occupano, ma occasionò invece disposizioni legali molto differenti fra di loro. La legislazione austriaca in particolare non fu mai d'accordo intorno all'impedimento dell'adulterio, coi principii del diritto canonico, ed oggidì ancora, mentre il diritto matrimoniale canonico è in pieno vigore nell'impero d'Austria, si ha contemporaneamente pel titolo d'adulterio un divieto matrimoniale civile, di cui tratta il presente paragrafo, e un impedimento dirimente canonico, di cui tratta il § 36 dell'Istruzione pei giudizii ecclesiastici au-

([1]) In pratica ciò può dirsi soltanto della conseguenza contemplata dal § 73 di questa Legge.

striaci nelle cause matrimoniali [1]. Le differenze fra i due impedimenti dell'adulterio, civile e canonico, si scorgono facilmente confrontando fra loro quei due paragrafi. Parlando in termini generali, esse consistono sostanzialmente in ciò, che pel diritto civile, affinchè l'adulterio sia d'ostacolo ad un matrimonio, basta il solo requisito dell'esserne stata ottenuta giudizialmente la prova prima del matrimonio medesimo, mentre pel diritto canonico tale requisito non si richiede, e se ne esigono invece altri affatto differenti. Sicchè nella pratica può accadere o che l'adulterio non abbia i requisiti necessarii per essere impedimento matrimoniale nè civile, nè canonico, o che sia impedimento puramente canonico, non anche civile, od invece sia impedimento puramente civile, non anche canonico, oppure finalmente che sia impedimento canonico insieme e civile (Dolliner, op. cit., vol. I, § 45, n.º 22).

2. La disposizione contenuta in questo paragrafo non è precisamente quella stessa del § 67 del Codice civile generale. Il requisito della prova dell'adulterio, di essere *giudiziale*, non viene espressamente accennato nel Codice civile, come lo è invece in questa Legge, e come lo era eziandio nella Patente matrimoniale di Giuseppe II (§ 18); e per converso l'altro requisito di tale prova, d'essere *anteriore* al matrimonio fra gli adulteri, non è espressamente indicato in questa Legge mentre lo è invece nel Codice civile generale (§ 67), e lo era nel Codice civile galiziano (§ 74), e nella Patente matrimoniale Giuseppina (§ 18). Oltracciò fra il § 15 della presente Legge e il § 67 del Codice civile generale passa una importante differenza circa le sanzioni dirette ad impedire la loro inosservanza. Giusta il § 67 del Codice civile un matrimonio contratto, ostando l'impedimento civile dell'adulterio, rimane invalido, mentre l'inosservanza del § 15 della presente Legge, lasciando sussistere come pienamente valido il conchiuso matrimonio, sottopone soltanto il contravventore alle conseguenze penali comminate in generale dal § 35 di essa, e in particolare eziandio la moglie ed i figli ai pregiudizii legali, contemplati dal § 34, oltrecchè rende applicabile ad ambedue i conjugi il § 543 del Codice civile.

3. Perchè il divieto matrimoniale nascente dall'adulterio, e contemplato dal presente paragrafo, si applichi, sono necessarii a nostro avviso i seguenti estremi: *a*) che sia stato commesso adulterio fra le stesse due persone che ora vogliono congiungersi in matrimonio; *b*) che l'adulterio sia stato provato *anteriormente* alla conclusione del matrimonio; *c*) che la prova abbia avuto luogo *giudizialmente*. Faremo un breve esame di ciascuno di questi estremi separatamente.

4. *ad a*). Il concetto dell'adulterio è quello di una congiunzione carnale consumata con scienza e volontà da una persona conjugata con altra persona che non è il suo vero conjuge (Dolliner, op. cit., vol. I, § 45, n.º 4). Basta perchè vi abbia adulterio che una delle parti concumbenti sia conjugata, nel qual caso l'adulterio vien commesso propriamente dalla sola parte conjugata, e l'altra può essere o no complice della prima nel commetterlo. Egli è però necessario altresì che il conjuge adultero abbia avuto scienza e volontà di consumare quell'azione, che legalmente dicesi adulterio; poichè nessuno direbbe mai adultero chi ebbe carnale commercio con una persona diversa dal proprio conjuge, credendo morto quest'ultimo per uno *scusabile* errore qualunque, oppure essendo stato costretto a tale atto da forza *per lui irresistibile* (Stubenrauch, op. cit., al § 67 del Codice civile, nota 1). Si domanda il Dolliner (op. cit., vol. I, § 45 n.º 5) commentando il § 67 del Codice civile, e noi pure possiamo domandarci, commentando il presente paragrafo della nuova Legge matrimoniale, se onde si avveri l'impedimento civile dell'adulterio si richieda che ambedue le parti che lo commisero sapessero che una di esse era conjugata, essendo così l'una propriamente complice dell'adulterio dell'altra, ed in particolare, se, dato il caso di un adulterio commesso fra una persona conjugata ed un'altra libera, sia necessario a quel fine che alla seconda fosse noto lo stato della prima. Noi opiniamo col Dolliner (op. cit., pag. 249) che tali cose non si richiedano. Invero la ragione dell'impedimento civile dell'adulterio sussiste pienamente tanto nel caso in cui l'adulterio commesso da una persona conjugata sia stato conosciuto dall'altra persona con cui ebbe carnale commercio, quanto in quello in cui, mentre uno dei concubenti sapeva di essere adultero, l'altro invece credeva di commettere un semplice concubinato. Nell'un caso e nell'altro vi ha ragione di diminuire i pericoli dell'infedeltà conjugale, rendendo impossibile il più solenne compi-

[1] L'impedimento canonico dell'adulterio, e quello del conjugicidio vengono compresi dai canonisti sotto la sola denominazione. *Impedimentum criminis*.

mento dei desiderii e delle passioni che la tengono viva. Queste legislative convenienze non potevano essere estranie alla mente di chi formulò il divieto di cui discorriamo; che se le parole della legge pajono applicarsi ([1]) più facilmente al primo che al secondo dei casi testè distinti, si può ritenere con fondamento ciò non altro significare se non che la legge medesima, al pari di molte altre, si accomoda piuttosto al caso pratico più comune che non al meno comune, senza però escludere quest'ultimo. Altra domanda si propone il Dolliner (loc. cit., n.° 6) onde precisare il concetto legale dell'adulterio. L'adulterio presuppone naturalmente la sussistenza di un valido matrimonio; ora potrà ritenersi avverato questo requisito, allorquando il matrimonio della cui violazione si tratta, venne dopo di questo dichiarato invalido? Noi opiniamo col Dolliner che non lo si possa ritenere, perchè la dichiarazione d'invalidità, quandochessia accaduta, retroagisce però sempre sull'origine del matrimonio, e ci sembra eziandio che l'opinione contraria avrebbe contro di sè il noto canone legale: *plus est in re quam in opinione.*

5. *ad b)* Il requisito della prova anteriore dell'adulterio, onde gli adulteri siano impediti dal contrarre matrimonio, trovasi espressamente prescritto, come si è già notato di sopra (n.° 2) dal Codice civile generale, e lo era prima di questo ancora dal Codice galiziano, e dalla Patente matrimoniale Giuseppina. La sicurezza dei matrimonii una volta contratti, e la preferibilità della pace delle famiglie alle politiche convenienze suggerirono abbastanza siffatto stabilimento. Ora però il § 13 della nuova Legge matrimoniale osserva un perfetto silenzio intorno al medesimo. Questo silenzio, riflessibile al certo per chi confronti la nuova legge matrimoniale civile colle altre che la precedettero ([2]) vuol forse significare che il requisito dell'anteriorità della prova dell'adulterio non possa venir richiesto in base a questa legge? Noi non lo crediamo. A nostro avviso, tanto per la presente legge matrimoniale civile, come per quelle che la precedettero, la prova dell'adulterio che debba ostare civilmente alla conclusione d'un matrimonio vuol essere anteriore al matrimonio stesso: e ciò ne sembra provato abbastanza, se non esplicitamente, implicitamente, dal tenore istesso del presente paragrafo. Perchè, dicendo questo che: *non possono contrarre matrimonio fra loro due persone il cui adulterio insieme commesso sia provato giudizialmente*, avvicina l'ottenimento di quest'ultima prova a modo di accidente alle persone che vogliono contrar matrimonio, sicchè la fa apparire come cosa avvenuta già anteriormente al matrimonio. Un tal modo di esporre non si riscontra del pari nel § 67 del Codice civile, ed a nostro credere, egli è appunto per questa differenza nel tenore della disposizione che la presente legge omise di esprimere un requisito, cui espressero invece il Codice civile generale ed altri anteriori, e che essa pure esigeva. Ciò tanto più riteniamo perchè, come si vedrà fra poco nel seguito di questa stessa nota, anche in un altro punto relativo all'oggetto di cui tratta il presente paragrafo, lo stesso Codice civile omette alla sua volta di espressamente indicare un requisito, espresso invece dal Codice galliziano e dalla Patente matrimoniale Giuseppina, ed ora nuovamente anche in questo paragrafo medesimo; il quale però anche nel primo traspare facilmente dall'indole del discorso ad ogni accorto interprete. — Quale sia il significato legale della parola *provato*, di cui fa uso questo paragrafo, come ne fa uso il § 67 del Codice civile generale, è facile stabilire, dappoichè ad essa viene soggiunta l'altra: *giudizialmente.* Egli è chiaro che con quella parola s'intende che sia stata regolarmente esaurita e formolata la prova, e non già che abbiano solamente esistito in generale tutti gli elementi e gli amminicoli, dai quali una prova piena avrebbe potuto essere desunta. Invero tale e non altra è la prova giudiziale, cioè prova sulla quale venne pronunciata una formale decisione. L'uguale interpretazione non può darsi con certezza da chi spieghi il senso della parola *provato* nel § 67 del Codice civile, dove non le è soggiunto l'avverbio *giudizialmente.* Alcuni interpreti di quel paragrafo (vedi Mattei, *I paragrafi del Codice civile*, ecc., vol. I, pag. 281) reputano appunto, che la prova dell'adulterio possa anche esaurirsi dopo conchiuso il matrimonio fra gli adulteri, purchè la si desuma da elementi probatorii, di qualunque specie, esistenti

([1]) Come infatti parvero al Dolliner quelle del § 67 del Codice civile *che tra esse abbiano commesso adulterio*, formola quasi identica a quella adoperata nel § 13 della nuova Legge matrimoniale.

([2]) È singolare che lo Schulte non abbia avvertita questa circostanza nel suo commentario (op. cit., pag. 97-99). I dottori Orefici e Lazzarini (op. cit., pag. 303) l'avvertirono, ed emisero la stessa opinione che noi qui passiamo a propugnare, ma non credettero necessario il darne alcuna dimostrazione.

ed aventi una forma legale già prima del matrimonio, senza essere stati composti a formale prova nella decisione di alcuna autorità. Ma questa interpretazione urta manifestamente, come nota il Dolliner (op. cit., vol. I, § 45, n.º 10) contro il disposto medesimo della legge, la quale non permette che si limiti il requisito ch' ella esige dell'anteriorità della prova, in modo di non comprendervi il formale stabilimento della prova stessa. Due rapporti della Commissione Aulica di Giustizia, del 3 febbrajo e del 9 marzo 1820, furono favorevoli all'opinione contraria ([1]) ed anche la pratica fu sinora concorde nell'ammettere che secondo il Codice civile la prova dell' adulterio, come impedimento matrimoniale, debba esistere prima del matrimonio, in una formale decisione o del giudice o di altra autorità competente.

6. *ad c*) Il requisito che questo paragrafo esige nella prova dell'adulterio, di essere *giudiziale*, non viene espressamente ordinato come notammo testè (num. precedente) dal § 67 del Codice civile generale. Gli interpreti di quest'ultimo paragrafo, i quali reputano, che la prova dell'adulterio debba prima del matrimonio degli adulteri essere stata formulata in una decisione di competente autorità, non fanno poi qui alcuna distinzione tra l' autorità giudiziale e la politica (vedi Dolliner, op. cit., § 45, n.º 11; Stubenrauch, op. cit., al § 67 Codice civile generale n.º 4 ([2]); Kutschker, op. cit., vol. III, pag. 454 e 455 ([3])), e taluni aggiungono a queste anche il giudizio arbitramentale (Dolliner, ibid., Stubenrauch, ibid.). La nuova Legge matrimoniale però, avendo prescritto che la prova dell'adulterio, onde possa dar luogo a divieto matrimoniale, debba essere contenuta in decisione di giudice, escluse certamente ogni prova formulata da qualunque altra autorità, quale sarebbe appunto l'autorità politica, o l'arbitro. La maggior guarentigia di verità che offre di sua natura il processo e il pronunciato di un giudice a confronto di tutti gli altri, può abbastanza aver dimostrata preferibile tale disposizione legislativa. — La prova giudiziale dell' adulterio poi può venire stabilita pei cattolici sia presso un giudizio ecclesiastico matrimoniale, che presso un giudizio civile od un giudizio penale, e tanto direttamente, quanto indirettamente. Presso un *giudizio ecclesiastico matrimoniale*, in una controversia per separazione di letto e di mensa. Presso un *giudizio civile*, nelle seguenti controversie annoverate da Dolliner (op. cit., vol. I, § 45, n.º 11): 1.º sulla illegittimità di un figlio partorito dalla moglie dentro il termine legale (Codice civile § 158); 2.º sul mantenimento di un figlio generato da un marito in adulterio (§ 167); 3.º sulla incapacità a succedere di un figlio adulterino o sulla legittimità di una diseredazione (§§ 768-770), allorquando venne addotto l' adulterio come causa; 4.º sul pagamento delle spese di parto o di puerperio a donna sedotta e fecondata da un marito (§ 1328). Presso un *giudizio penale*, nei casi in cui un conjuge venne dichiarato reo di uno dei seguenti reati: 1.º stupro (Codice penale, § 125); 2.º carnale commercio con donna che non raggiunse ancora il quattordicesimo anno (ibid., § 127); 3.º seduzione alla libidine di una persona affidata in educazione o custodia (ibid., § 132); 4.º procurato aborto di un parto avuto da illegittimo commercio con una terza persona (ibid., §§ 144, 147); 5.º infanticidio commesso sopra un infante generato nel commercio con una terza persona (ibid., § 139); 6.º bigamia (ibid., §§ 206 e 207). — Dovendo essere giudiziale la prova dell'adulterio, egli è di pratica utilità l'avvertire alcune prove del medesimo, le quali per tale ragioni sono a ritenersi ammissibili. Non è al certo sufficiente prova una confessione dell' adulterio emessa in una supplica rivolta all'autorità civile per dispensa dal relativo impedimento (§ 37 di questa Legge). Imperocchè, come riflette in questo argomento il Dolliner (op. cit., vol. I, § 45, n.º 13), commentando il § 67 del Codice civile, dacchè una tale domanda di dispensa è affatto inutile, non essendo l'adulterio conosciuto da altri che da coloro stessi che lo commisero, non può ammettersi che il legislatore voglia far nascere da tale inutile atto un reale impedimento civile di adulterio colle importanti sue conseguenze (tali anche attualmente). Nemmeno una confessione dell' adulterio

([1]) Questi rapporti consigliarono a Sua Maestà che siffatta interpretazione del § 67 del Codice civile generale venisse anche confermata mediante apposita declaratoria, ma una Risoluzione Sovrana del 13 dicembre 1820 sancì che nessuna modificazione si dovesse introdurre nel tenore di quel paragrafo.

([2]) Stubenrauch cita eziandio in appoggio di tale interpretazione una Ordinanza della Cancelleria Aulica del 6 dicembre 1833.

([3]) È noto che i due primi volumi della più volte citata opera di Kutschker, e la maggior parte anche del terzo, comparvero prima della promulgazione della nuova Legge matrimoniale civile.

emessa in una domanda di dispensa diretta all'autorità ecclesiastica può contenere la prova voluta dal presente paragrafo. Imperocchè tale confessione è di sua natura *stragiudiziale*, senza avere però tutti i requisiti voluti dal Regolamento giudiziario (§ 166) per simile genere di confessioni (Dolliner, op. cit., vol. I, § 45, n.° 14) ([1]). Dicasi lo stesso, e per la stessa ragione di una confessione dell'adulterio fatta nell'esame sponsalizio di religione. Del pari inammissibili, a far prova dell'adulterio, sono a ritenersi i documenti pubblici, diversi da sentenza di giudice, nei quali l'adulterio trovisi affermato, come, per esempio, una dichiarazione di paternità legalizzata per avventura dall'autorità locale, od anche una dichiarazione di paternità inserita nei libri battesimali per volere dello stesso padre, oppure sopra testimonianza della madre o della levatrice, o dei padrini. — Nè prova sufficiente dell'adulterio potranno finalmente offerire deposizioni di testimonii non esaminati in giudizio, o pareri di periti non chiamati nè sentiti da giudice competente.

7. Quanto alla dispensa del divieto civile dell'adulterio, vedasi il § 37 di questa Legge.

8. L'adulterio, divieto matrimoniale civile, può accompagnarsi talvolta con quelle azioni e circostanze dalle quali il § 68 del Codice civile fa nascere l'impedimento del conjugicidio, oppure con quelle dalle quali questo medesimo impedimento è fatto nascere dal diritto canonico (Istruzione, § 37). In questi casi, per istabilire se il solo divieto civile dell'adulterio abbia luogo, oppure se gli si aggiunga qualche altro, fa d'uopo esaminare, se, ed in quali termini, esista nell'attuale legislazione matrimoniale un divieto civile di conjugicidio. In nessun luogo la presente Legge parla dell'oggetto di cui il § 68 del Codice civile generale. Da questo fatto discende che ad essa legge è affatto estranio un divieto matrimoniale di conjugicidio; e che di tutti gli elementi da cui risulta l'impedimento di conjugicidio o secondo il diritto matrimoniale del Codice civile, o secondo il diritto matrimoniale canonico, quelli soltanto ponno avere carattere di divieto matrimoniale, i quali costituiscono qualcuno dei divieti già contemplati, e quindi solamente col nome e col titolo di questo. Una tale conclusione poi, verificata nella pratica, dà luogo a stabilire: che delle azioni contemplate col titolo di impedimento di conjugicidio nel § 68 del Codice civile generale, e nel § 75 dell'Istruzione pei giudizii ecclesiastici austriaci nelle cause matrimoniali, il solo omicidio, coi caratteri attribuiti a questo reato nel vigente Codice penale, può diventare divieto matrimoniale civile secondo la presente Legge, venendo cioè in particolare qualificato come divieto nascente da condanna a morte od al carcere duro, giusta il contenuto del § 12 di essa Legge. Egli è facile a nostro avviso scorgere le ragioni per le quali manchi nella nuova Legge matrimoniale civile un divieto speciale di conjugicidio. Posto in vigore il diritto matrimoniale canonico, il legislatore non avrebbe potuto trovar necessario di stabilire un divieto civile di conjugicidio, accanto all'impedimento canonico dello stesso nome, se non per supplire ad una soverchia ristrettezza per avventura esistente nella relativa disposizione dei canoni, siccome appunto si può desumere dalle note precedenti tale essere stata la causa per cui fu introdotto il divieto civile dell'adulterio accanto al corrispondente impedimento canonico. Tale ristrettezza poi egli non avrebbe potuto rimarcare, se non confrontando i canoni relativi all'impedimento del conjugicidio col § 68 del Codice civile. Ora chiunque faccia appunto cotesto confronto, scorge di leggieri, che il diritto canonico fa entrare minori e più semplici elementi nel concetto dell'impedimento del conjugicidio che non il Codice civile. Imperocchè, mentre quest'ultimo vuole che il conjugicidio sia stato preceduto da promessa di matrimonio fra chi lo commise e l'altro conjuge, il primo invece esige soltanto che vi sia stata intenzione di unirsi in matrimonio fra tali persone; e, quanto all'esecuzione del reato, benchè il Codice civile contempli sole *insidie tese*, le quali insidie potrebbero anche diversificare da *attentato di omicidio* (Stubenrauch, op. cit., al § 68, n.° 2), il diritto canonico non muove in realtà, quand'anche non in apparenza, esigenze maggiori col volere che sia accaduto vero omicidio (vedasi il già citato § 57 dell'Istruzione), perchè, non escludendo per sè quest'ultimo concetto anche l'omicidio attentato, il quale suole venir parificato anche nella nozione, se non nella pena, al reato consumato (Codice pe-

([1]) Così fu già deciso in via di dichiarazione al Codice civile, da un Decreto della Cancelleria Aulica del 6 dicembre 1835, benchè certamente da un punto di vista non più ammissibile nella nuova legislazione sul matrimonio.

nale, § 8), esso rimane inapplicabile soltanto a quelle preparazioni all'omicidio più remote dell'attentato, che nella pratica non possono in realtà mai essere valutate per qualche cosa, ma che il § 68 del Codice civile generale contraddistinse nulladimeno con quel nome di insidie. Così devesi a nostro avviso ritenere che il divieto civile di conjugicidio manchi nella presente Legge, e ciò perchè non ve n'era bisogno alcuno accanto all'impedimento canonico dello stesso nome, ora posto in vigore ([1]). Così pure noi crediamo che il divieto civile dell'adulterio non cambii natura, allorquando all'avvenuto adulterio si aggiunga alcuno degli elementi che costituiscono l'impedimento di conjugicidio secondo il § 68 del Codice civile, o secondo il § 57 dell'Istruzione, ove si eccettui il solo elemento dell'avvenuto omicidio del conjuge, a cui disonore l'adulterio accadde; aggiungendosi il quale, verificansi teoricamente in pari tempo e il divieto d'adulterio contemplato dall'attuale paragrafo, e quello di condanna contemplato dal paragrafo precedente, ma nella pratica non si può manifestamente aver riguardo che al primo, siccome quello che di sua natura nasce sempre anteriormente al secondo.

§ 14.

Non può contrarsi alcun matrimonio senza previa denuncia.

1. La pubblicazione dei futuri matrimonii nelle parrocchie in cui dimorano gli sposi, eccitando i fedeli consapevoli di impedimenti a quei matrimonii a denunciarli, è antica usanza fra i cattolici. I primi esempi se ne ebbero nel medio evo nella Chiesa francese, e chiamavasi la pubblicazione *bannum ecclesiasticum*, o *nuptiale*. Ma fin dall'anno 1215 il pontefice Innocenzo III estese tale istituto a tutta quanta la Chiesa, e la medesima prescrizione venne più tardi confermata dal Concilio Tridentino. La legislazione austriaca riconobbe mai sempre la necessità della denuncia dei matrimonii sia dei sudditi cattolici, sia degli appartenenti alle altre confessioni religiose tollerate nello Stato. Prima della recente innovazione del diritto matrimoniale nell'impero d'Austria, la materia delle denunzie vi era contemplata e regolata pei cattolici dai §§ 70-74 del Codice civile generale. E sono in poco differenti dalle disposizioni di questi paragrafi, quelle contenute nei §§ 14-17 della nuova Legge matrimoniale civile. Attualmente però la legislazione civile non è sola in Austria a regolare le denunzie dei matrimonii dei cattolici, ma, oltre ad essa, anche la Legge canonica se ne occupa, le cui relative disposizioni trovansi esposte nei §§ 60-65 dell'Istruzione. In conseguenza di ciò, la mancanza della denuncia è nello stesso tempo divieto matrimoniale civile, ed impedimento matrimoniale canonico. Quest'ultimo è di sua natura soltanto impediente, ed il primo non produce altri effetti per la sua inosservanza da quelli che il § 55 della presente Legge commina in generale all'inosservanza dei divieti di matrimonio in essa contenuti. Nel che vuolsi notare una capitale differenza fra la nuova Legge civile sul matrimonio dei cattolici e le corrispondenti disposizioni del Codice civile generale, mentre quest'ultimo (§ 74) dichiara invalidi i matrimonii che non siano stati pubblicati *almeno una volta*, e non commina pene ai colpevoli di tale contravvenzione, se non come nuove ed ulteriori conseguenze della medesima. — La ragione poi, per la quale accanto alle regole stabilite dal diritto canonico e dall'Istruzione intorno alle denuncie dei matrimonii dei cattolici, questa legge ne abbia stabilito delle proprie, non si presenta, a dir vero, a primo intuito. Sembra sulle prime che il fatto della nessuna essenziale diversità fra le une e le altre di quelle regole, e il concernere le denuncie soltanto la forma esteriore dei matrimonii, smentiscano un reale bisogno di regole e sanzioni civili, quale si riconosce invece nelle altre disposizioni di questa legge matrimoniale, che vertono intorno a veri requisiti del matrimonio, e sui quali le idee del legislatore civile si mostrano essenzialmente discordi dai principii corrispondenti del diritto canonico. Ma quella ragione si trova, e sufficiente, ove le disposizioni intorno alle denuncie, contenute nella presente Legge matrimoniale, si considerino non per sè sole, ma in relazione specialmente alla dispensa civile dalle denuncie stesse. Questa Legge (§§ 38-40) prescrive e regola la dispensa dalle pubblicazioni per parte delle autorità politiche dello Stato, sicchè non v'ha dubbio che attualmente la dispensa dalle pubblicazioni debba ottenersi in Austria tanto dall'autorità ecclesiastica (Istruz., §§ 82-85) quanto dall'autorità secolare. E parecchi motivi suggerirono al legislatore l'istituzione della dispensa civile

([1]) Pertanto non pare abbastanza opportuno, nè fondato il voto per lo stabilimento di un divieto civile conjugicidio, emesso dai dottori Orelici e Lazzarini (op. cit., pag. 306).

dalle pubblicazioni: il bisogno cioè di non abbandonar totalmente i vantaggiosi effetti delle denuncie matrimoniali, importantissimi allo Stato, all'arbitrio dei Vescovi, in questa materia assai largo per decreto dello stesso Concilio Tridentino (sess. XXIV, *De reformatione matrimonii*, cap. 1), e quello inoltre di valersi anche di un tal mezzo onde meglio assicurare l'osservanza dei proprii divieti matrimoniali, già per la stessa loro natura molto meno tutelati di quanto vorrebbe la loro importanza. Ora, egli è evidente, che, avendo voluto il legislatore civile riservare anche alle autorità dello Stato la facoltà di dispensare dalle denuncie al matrimonio, gli facea mestieri anzi tutto confermare egli pure la necessità delle medesime (vedi Schulte, op. cit., pag. 101).

2. Come si è accennato qui sopra (num. prec.), non sussistono che differenze non essenziali fra le disposizioni della presente Legge e quelle del diritto canonico sulle denuncie del matrimonio. Osserva il Kutschker (op. cit., vol. IV, pag. 9) che la presente Legge prende specialmente per base delle sue disposizioni *il tempo* della dimora degli sposi in un luogo, mentre la legge ecclesiastica ha di mira principalmente il *domicilio* degli sposi. Tali differenze verranno rimarcate più precisamente nelle annotazioni al successivo § 16 di questa Legge.

3. Il presente paragrafo esige la previa denuncia in tutti quanti i matrimonii. Non vi ha dubbio quindi che anche un forestiero non possa contrar matrimonio in Austria senza averlo primo fatto denunziare [1]. La necessità della denuncia entro i confini dell'Impero viene poi estesa dal § 74 di questa Legge anche ai sudditi austriaci i quali contraggano matrimonio all'estero, nè quivi dimorino ancora da un intiero anno. Il presente paragrafo però si applica soltanto ai cattolici contraenti matrimonio entro i confini dell'Impero, sia tra di loro, sia con cristiani accattolici. Pei matrimonii conchiusi fra soli accattolici l'obbligo e il modo delle denuncie sono contenuti ancora oggidì nel § 71 del Codice civile generale, eccettochè la prescrizione di questo paragrafo, che i medesimi debbansi pubblicare eziandio nelle chiese parrocchiali cattoliche, nel distretto delle quali i conjugi dimorino, venne abrogata da Sovrana Risoluzione delli 28 dicembre 1848 [2].

4. Le sanzioni del divieto matrimoniale contenuto in questo paragrafo sono, come si è già avvertito (n.° 1), quelle prestabilite in generale per tutti i divieti dal § 35 della presente Legge. Queste sanzioni tengono luogo delle pene comminate dal Codice civile generale (§ 74) agli sposi ed ai curati colpevoli di contravvenzione alle prescrizioni concernenti la denuncia dei matrimonii. Vuolsi avvertire in particolare che le disposizioni canoniche intorno all'illegittimità dei figli procreati da matrimonio mancante delle debite denuncie, al quale osti impedimento dirimente, non hanno alcun vigore nell'attuale legislazione austriaca, perchè, come abbiamo già dimostrato in altro luogo di questo lavoro (pag. 16), tutte le quistioni relative alla legittimità della prole sono attualmente nell'impero d'Austria di esclusiva competenza del foro secolare.

5. Non v'ha dubbio che ogni e qualunque inosservanza delle prescrizioni di questa Legge intorno alla denuncia dei matrimonii, sia per sua natura una contravvenzione al divieto contenuto in questo paragrafo, e debba quindi trar seco le pene comminate in generale a simile contravvenzione. In questo argomento non sono possibili nella presente Legge le distinzioni a cui dà luogo il § 74 del Codice civile. Si distinguono dagli interpreti di quel paragrafo requisiti essenziali, e requisiti non essenziali delle denuncie, e conseguenze diverse assegnansi alla mancanza degli uni o degli altri (vedi Dolliner, op. cit., vol. I, § 56); ora invece tutti quanti i requisiti delle denuncie, prescritti dalla nuova legge matrimoniale civile, sono equipollenti [3], perchè la loro esistenza o la loro mancanza producono sempre gli stessi effetti sul matrimonio, donde eguali debbono pur essere le conseguenze della loro inosservanza. Solo si richiede, che i medesimi siano veramente contenuti nella legge, poichè, come avremo occasione di avvertire nelle annotazioni § 15, in alcuni punti del regolamento delle denunzie la nuova Legge matrimoniale civile non si pronuncia, e lascia quindi libero il campo alle disposizioni canoniche, ed è certo che l'inosservanza di queste ultime disposizioni non può dirsi mai contravvenzione a quella Legge, nè può castigarsi colle relative pene dalla medesima comminate.

6. Per la dispensa dal divieto contenuto in questo paragrafo veggansi i §§ 38-40 della presente Legge.

[1] Così prescrisse anche un Decreto Aulico del 23 ottobre 1795. Vedi Dolliner, op. cit., vol. I, § 55.

[2] Pubblicata da Ordinanza Ministeriale del 30 gennajo 1849.

[3] Il contrario opinano i dottori Orefici e Lazzarini (op. cit., pag. 515, ma non ne espongono i motivi

§ 15.

La pubblicazione del matrimonio, che si intende contrarre, deve farsi in tre giorni di domenica o di festa, durante il solenne ufficio divino, e se gli sposi abitano in diverse parrocchie, deve eseguirsi in ambedue le parrocchie. I matrimonii tra cristiani cattolici ed acattolici devono pubblicarsi non solo nella chiesa parrocchiale della parte tanto cattolica che acattolica, ma altresì nella chiesa parrocchiale cattolica, entro il cui circondario abita lo sposo acattolico, in quanto non esistano per singoli Dominii norme speciali.

1. Il primo periodo di questo paragrafo prescrive il tempo, il luogo e il numero delle volte in cui deve aver luogo la pubblicazione del matrimonio. Non iscende la legge nè in questo passo, nè altrove a dar norme complete intorno al modo in cui il matrimonio deve essere pubblicato, come le dà il Codice civile (§§ 70, 71 [1]). In tale argomento il diritto canonico supplisce attualmente la legge civile (vedi l'Istruz., §§ 60-65). Egli è secondo quel diritto che devonsi ora decidere tutte le quistioni nascenti: intorno al parroco competente alla pubblicazione del matrimonio, alla località, all'occasione, ai termini in cui essa deve farsi, poichè questa legge non esibisce a tal uopo principii suoi proprii, e quel poco che in proposito è detto nel primo periodo dell'attuale paragrafo deve riguardarsi non tanto come disposizione che sta da sè, quanto come una necessaria premessa a ciò che il secondo periodo del medesimo prescrive intorno alla pubblicazione dei matrimonii misti, della quale non si occupa il diritto canonico, siccome vedremo più avanti. Da questa osservazione consegue che niun particolare divieto civile relativo alle pubblicazioni può desumersi dal primo periodo del presente paragrafo (vegggansi le annotazioni al paragrafo precedente n.° 5).

2. La disposizione intorno alla denuncia dei matrimonii misti, contenuta nella seconda parte del presente paragrafo, si trova anche nel § 71 del Codice civile, mentre essa è tuttavia estranea al diritto canonico, nè se ne trova cenno alcuno nell'Istruzione. Una Risoluzione Sovrana del 26 dicembre 1848, pubblicata con Ordinanza Ministeriale 30 gennajo 1849, l'aveva abolita nel Codice civile, insieme a quella che il § 71 di detto Codice contiene intorno alla pubblicazione dei matrimonii fra acattolici. Il secondo periodo del presente paragrafo vuolsi riguardare come una revoca parziale di codesta abolizione. Nè il diritto canonico, nè l'Istruzione prescrivono che il matrimonio di un acattolico debba mai pubblicarsi nella parrocchia cattolica, nel cui circondario egli dimora, ed anzi una tale prescrizione non accetta il potere ecclesiastico cattolico dal potere civile, che per condiscendenza ed a malincuore. Già regnando l'imperatore di Germania Giuseppe II, il Sommo Pontefice, con Rescritto 13 luglio 1782, riprovò altamente il costume della proclamazione dei matrimonii misti per parte dei parrochi cattolici, che si voleva introdurre nel Belgio in un colle altre leggi matrimoniali giuseppine. Solamente sopra rimostranza dei Vescovi di quella provincia, Pio VI si indusse, con rescritto 31 maggio 1783, a *tollerare* che vi si facessero dai parrochi cattolici le proclamazioni anche dei matrimonii misti, purchè *fuori di luogo sacro*, e aggiungendo qualche espressione di *esecrazione* di tal sorta di matrimonii. Coerentemente a questi principii la Santa Congregazione dell'Ufficio non suole accordar dispense per la conclusione dei matrimonii misti, se non colla condizione dell'ommissione delle pubblicazioni relative. Successivamente però le discipline della Santa Sede intorno alla pubblicazione dei matrimonii misti perdettero quel primitivo rigore, e transigettero colle richieste dei governi in materia concernente di sua natura la sola forma esterna del matrimonio. Lo stesso pontefice Pio VI, che avea quasi interdetto la denuncia dei matrimonii misti nel Belgio, la permise dippoi pel ducato di Cleves nell'Istruzione 15 giugno 1793, alla condizione però che non vi si esprimesse la religione del conjuge acattolico. Ed a questa medesima condizione venne tale denuncia sempre tollerata dai successivi Pontefici, ed anche espressamente permessa più volte durante il regno di Gregorio XVI [2]. Il regnante Pontefice, seguì l'esempio de' suoi predecessori, tolle-

[1] Queste norme del Codice civile sussistono tuttavia, e con tutte le quistioni cui sogliono dar luogo fra gli interpreti, pei matrimonii fra cristiani acattolici.

[2] L'Istruzione di Gregorio XVI, ai Vescovi della Baviera, delli 12 settembre 1834, diceva: *In matrimoniis mixtis proclamationes quidem tolerantur, hac tamen clausula expressa, ut nulla de religione contrahentium*

rando che la nuova Legge matrimoniale civile austriaca prescriva la denuncia dei matrimonii misti tanto nella parrocchia della parte cattolica, quanto in quella parrochia cattolica, nel cui distretto dimora la parte acattolica ([1]). Il silenzio poi nella denuncia dei matrimonii misti intorno alla religione della parte acattolica, non può ritenersi attualmente ingiunto in generale ai parrochi cattolici dell'impero d'Austria, perchè nessuna Legge ecclesiastica generale lo prescrive, nè alcuna particolare a tutti i dominii austriaci ([2]). Ben potrebbe ingiungerlo in singoli casi di matrimonii misti la relativa dispensa pontificia ([3]), nè all'osservanza di tale ingiunzione potrebbesi obbiettare nulla in base alla presente legge, poichè, siccome si è già notato di sopra (nota 1), il *modo* delle denuncie nei matrimonii dei cattolici è attualmente regolato in Austria a delle sole norme ecclesiastiche.

3. La menzione che verso la fine di questo paragrafo si fa di norme speciali vigenti in singoli dominii intorno alla pubblicazione dei matrimonii misti, non è facile a spiegarsi praticamente. Leggi speciali non esistono attualmente in alcun dominio dell'impero intorno alla denuncia dei matrimonii misti, dacchè appunto l'attuale paragrafo della nuova Legge matrimoniale abolì, come si è notato nel numero precedente, il contrario disposto dalla Risoluzione Sovrana 28 dicembre 1848 (vedi Schulte, op. cit., pag. 102, nota (*)), la quale era in vigore in tutti i paesi della Monarchia, tranne il Lombardo-Veneto e la Transilvania. Vero è che qualche interprete di questo paragrafo ([4]) opina contrariamente, che l'eccezione in discorso si riferisca a quei dominii dell'impero ne'quali detta Risoluzione Sovrana venne pubblicata. Ma tale avviso è, a parer nostro, già abbastanza infondato pel fatto da quegl'interpreti accennato, e male apprezzato, che cioè « la Risoluzione Sovrana 28 dicembre 1848 non fu una speciale norma per singoli dominii, ma piuttosto una speciale norma promulgata nell'*intiero Stato*, ad eccezione di singoli dominii. » Nè vuolsi ritenere che senza una tale interpretazione sia impossibile il dare un senso alle parole finali del presente paragrafo. Ai nostri occhi è possibile una sufficiente spiegazione di tali parole, quando le norme eccezionali a cui esse riferisconsi, non si credano esclusivamente e necessariamente di diritto civile, e concernenti per sè stesse e in generale l'istituto della denuncia dei matrimonii misti per parte dei parrochi cattolici. Ammettendosi che le medesime possano anche essere ecclesiastiche, quelle parole avrebbero per oggetto di confermare sia quelle fra esse norme, le quali in avvenire fossero per interdire ai parrochi cattolici di qualche dominio dell'Impero la denuncia dei matrimonii misti, *tollerata* ora dal Pontefice per tutti i dominii in generale (vedi il num. preced.), sia quelle che anche al presente stabilissero per avventura in qualche dominio a tale denuncia un modo diverso da quello esposto nell'attuale paragrafo. Di queste ultime disposizioni una ne sussiste infatti attualmente in Ungheria, ed è il divieto fatto ai curati cattolici di questo paese di esprimere la religione del conjuge acattolico nella denuncia dei matrimonii misti. Ciò dicesi nell'Istruzione pontificia del 30 aprile 1841, diretta al Primate, agli Arcivescovi e Vescovi dell'Ungheria.

4. Norme speciali, non contenute in questa legge, regolano la pubblicazione dei matrimonii dei militari. Egli è qui opportuno il farne cenno. La milizia dell'Impero d'Austria ha il proprio clero, alla cui organizzazione serve di base un Breve del Pon-

mentio fiat. La stessa prescrizione conteneva un'Istruzione del medesimo Pontefice ai Vescovi dell'Ungheria del 30 aprile 1841, ed un rescritto della *Congregatio de Propaganda fide* del 3 luglio 1847 all'arcivescovo di Baltimora (vedi Kutschker, op. cit, vol. IV, pag. 761).

([1]) Onde è ad aspettarsi che nelle dispense per la conclusione dei matrimonii misti concedute ai sudditi austriaci (Istruz., § 79) la Santa Congregazione dell'Ufficio si asterrà d'ora in avanti dalla clausola usitata: *omissis proclamationibus consuetis.* Già si trova ommessa questa clausola nelle dispense della *S. Congregatio super negotiis extraordinariis* (vedi Kutschker, ibid.).

([2]) Vedi il numero seguente.

([3]) Non possiamo qui ommettere di giudicare erroneo l'avviso dell'abate Francesco Nardi (*Diritto matrimoniale cattolico.* Padova 1857, pag. 139) che « i matrimonii misti, che avvenissero fra noi colla dispensa della Santa Sede, non sarebbero mai da pubblicarsi nella Chiesa cattolica, ma dovrebbe chiedersi la dispensa dai bandi, se non fosse già contenuta nel Breve apostolico » Ciò dicesi in perfetta opposizione al § 15 della nuova Legge matrimoniale, ma con qual fondamento, se la Sede Pontificia stessa ne tollera il disposto, e se questa tolleranza non è nemmeno nuova nella Chiesa cattolica? E come può credersi che l'autorità civile abbia a dispensare dall'osservanza di quel paragrafo, se la domanda di dispensa, di cui parla il Nardi, non potrà mai di sua natura andare corredata di alcun legale motivo?

([4]) Per es. i dottori Orefici e Lazzarini, op. cit., pag. 320.

tefice Pio VI del 12 ottobre 1778. Questo Breve istituì per tutta quanta l'armata austriaca un *capellanus major*, detto anche Vicario apostolico di campo, e diede a questo ed al clero militare a lui subordinato la facoltà di amministrare ai soldati, ed a tutte le persone di ambedue i sessi spettanti agli imperiali e regii eserciti, tutti i sacramenti della Chiesa, e quelli eziandio i quali non possono di regola essere amministrati che dai rettori delle chiese parrocchiali. Pertanto i matrimonii dei militari in particolare debbono essere contratti davanti al competente curato militare, ed a questo pure spettano le relative pubblicazioni. La competenza però del clero militare in ogni parte del ministero ecclesiastico, e quindi anche nelle faccende matrimoniali, viene dal suddetto Breve pontificio limitata esclusivamente alla così detta *milizia vaga* (*erga milites et personas ad vagas belli operationes destinatas*), rimanendo la così detta *milizia stabile* (*milites præsidiarii, qui continuæ arcium seu aliorum locorum custodiæ adscripti sunt*) onninamente sottoposta al clero civile locale (*locorum parochis et ordinariis*) (¹). Posteriori disposizioni dell'autorità superiore militare hanno fissato così le nozioni di milizia stabile e di milizia vaga, come il rango e la competenza dei curati militari. Quanto al primo oggetto norma fondamentale è un Rescritto del cessato Consiglio Aulico di Guerra del 5 ottobre 1808, a cui tennero dietro altre disposizioni complementari, fra le quali noi accenniamo qui l'Ordinanza del Ministero della Guerra del 5 febbrajo 1850, l'ordinanza del Ministero del Culto del 15 gennajo 1851, e l'altra dello stesso, del 31 marzo 1854, dalle quali furono sottoposte alla cura dei superiori di campo (*Fedsuperiorem*) i reggimenti di gendarmeria residenti nei loro distretti, il corpo della guardia militare di polizia, e il corpo degli ingegneri geografi militari (quest'ultimo al superiorato di Vienna), il Rescritto del 29 novembre 1852, per cui fu dichiarato che i soldati in permesso appartengono alla milizia vaga, e quindi sono sottoposti al clero militare, sicchè i loro matrimonii debbano essere pubblicati nella chiesa della guarnigione, nè possano essere benedetti da parroco civile, senza delegazione del curato militare, e l'Ordinanza ministeriale del 29 gennajo 1854 la quale prescrisse che dei matrimonii contratti da militi appartenenti alla riserva davanti ai competenti parrochi del clero secolare debbano questi ultimi trasmettere di volta in volta un certificato officioso a quell'autorità militare dalla quale fu impartito il consenso al matrimonio. Quanto al rango ed alla competenza dei curati militari, distinguono le veglianti leggi i *cappellani di campo* (*Feldcapläne*), e i *superiori di campo;* i primi costituiscono il clero militare ordinario, ai secondi non sono sottoposte che quelle persone militari, e quei distaccamenti o corpi di truppa che appartengono alla milizia vaga, e non hanno proprii cappellani di campo (Decreto del Consiglio Aulico di Guerra del 5 ottobre 1808, § 29). — Le norme fin qui accennate applicansi eziandio alla denuncia dei matrimonii dei militari. Questa spetta ai curàti militari, se trattisi di persone addette alla *milizia vaga*, spetta invece ai parrochi del clero secolare, se trattisi di persone addette alla *milizia stabile,* siccome ebbe ultimamente a confermare anche un' Ordinanza del Ministero del Culto, e del Comando Supremo dell' Armata del 19 agosto 1858 (n.° 4). Fra i curati militari la facoltà della denuncia spetta poi quando ai cappellani di campo, quando ai superiori di campo, secondo la regola generale esposta poc'anzi intorno alla competenza degli uni e degli altri. Il luogo in cui i matrimonii dei militari debbono essere pubblicati dai loro cappellani o superiori di campo, è la cappella del reggimento, o la cappella del superiorato. Che se l' una o l' altra di tali cappelle non esiste, le pubblicazioni possono anche farsi dal parroco civile, giusta il disposto della Notificazione Governativa del 10 ottobre 1826. — Quali principii presiedano finalmente alla denuncia dei matrimonii di militari cattolici, e in qual modo la medesima debbe essere fatta, deve senza dubbio desumersi e dal diritto matrimoniale canonico, e dalla presente Legge matrimoniale civile, siccome vigenti per tutti i sudditi austriaci cattolici, senza distinzione di stato civile o militare. Che se si dia caso in cui la qualità di militare nella persona che vuol contrarre matrimonio non vada congiunta a quella di cittadino austriaco (²), la denuncia si dovrà ancora fare secondo quelle leggi, in virtù di un principio anteriormente ricordato, (annot. al § 14, n.° 5), che cioè anche i forestieri dimoranti nell'impero d' Austria

(¹) Vedi anche l'Istruzione., § 46.

(²) La Risoluzione Sovrana 25 agosto 1818 pubblicata con Notificazione Governativa 17 novembre dello stesso anno sancì, che un forestiero il quale ottiene carattere d'ufficiale nell'armata austriaca non assume per ciò solo *gli obblighi* di cittadino austriaco.

debbono osservare le prescrizioni austriache intorno alla denuncia dei matrimonii, siccome relative soltanto alla forma esterna dei medesimi. Conseguentemente a queste premesse, egli è appena necessario avvertire che il difetto di tutte le pubblicazioni non è più contrario alla validità del matrimonio dei militari di quello che lo sia a quella del matrimonio delle persone dello stato civile ([1]). Più opportuno ci sembra l'avvertire, che il disposto dal presente paragrafo intorno alla doppia pubblicazione del matrimonio di un acattolico con un cattolico è necessariamente inapplicabile ai matrimonii dei militari, non essendovi fra i militari parrocchie cattoliche propriamente dette, distinte pel loro distretto. Ciò vien pure confermato dalla succitata Ordinanza del Ministero del Culto, e del Comando Supremo dell'Armata del 19 agosto 1858.

§ 16.

Se gli sposi od uno di essi non abbiano ancora dimorato sei settimane nella parrocchia in cui deve contrarsi il matrimonio, la denunzia deve farsi anche nel luogo dell'ultima loro dimora, ove abbiano abitato per un tempo più lungo di quello ora determinato, oppure essi devono continuare la dimora per sei settimane nel luogo dove si trovano, affinchè la pubblicazione del loro matrimonio ivi fatta sia valida.

1. Questo paragrafo ha per oggetto di determinare il luogo in cui devono farsi le pubblicazioni dei matrimonii. Le disposizioni in esso contenute sono riportate alla lettera dal § 72 del Codice civile generale. Ciò che il diritto canonico statuisce sullo stesso subbietto trovasi raccolto nei §§ 60-65 dell'Istruzione, ma fra queste disposizioni e quelle della legge civile sussistono alcune, benchè lievi differenze (nota 2 al § 14), che qui importa rimarcare. Comune alle due leggi, civile e canonica, è il precetto che ogni matrimonio si debba denunciare nella parrocchia in cui deve contrarsi il matrimonio. Per questa parrocchia poi intendesi tanto quella che i due sposi abbiano per avventura comune, quanto la parrocchia di uno sposo e quella dell'altro, che fossero differenti, dovendo il matrimonio (vedi § 18 di questa Legge, ed Istruz., § 58) contrarsi nell'una o nell'altra di queste. Ma mentre la legge civile nel paragrafo attuale non esige di regola che in altre parrocchie lo stesso accada contemporaneamente, la legge canonica invece batte l'opposta via, ed ordina che la denuncia del matrimonio debba farsi oltre che nel luogo dell'attuale domicilio degli sposi, anche in altri luoghi, diversi secondo i varii casi. E questi casi sono i seguenti: 1.° che essendo il domicilio attuale degli sposi vero domicilio, essi abbiano anche uno o più quasi domicilii (Istruz., § 61); 2.° che il domicilio attuale degli sposi non sia vero domicilio, ma quasi domicilio, il qual caso suddividesi poi in due, secondochè nel quasi domicilio gli sposi abitino da più o da meno di un anno (ibid., § 63); 3.° che il luogo dell'attuale dimora degli sposi non sia nè vero nè quasi domicilio, e nè l'uno nè l'altro di questi essi abbiano altrove (ibid.). Tali disposizioni della legge canonica, non che essere differenti da quelle del presente paragrafo, non possono nemmeno interpretarsi col sussidio dei principii del diritto austriaco, al quale è affatto estranea la stessa distinzione fra domicilio e quasi domicilio. Concordano poi le due leggi, civile (§ 16) ed ecclesiastica (§ 62) nello stabilire: che se nel luogo o nei luoghi in cui le pubblicazioni debbono farsi, gli sposi non dimorino almeno da sei settimane, debbansi le medesime eseguire anche nel nel luogo in cui una tale dimora siasi continuata precedentemente. Nè qui può arrecare pratica discrepanza fra le due leggi la differenza, testè notata fra esse, intorno al numero dei luoghi in cui il matrimonio deve ordinariamente pubblicarsi; se non che la moltiplicità delle ordinarie denunzie canoniche dee far sì il più delle volte, che la disposizione eccezionale del § 16 della legge civile abbia già in virtù della legge canonica la propria esecuzione, quantunque il luogo in cui questa accada non chiamisi dimora, ma domicilio, o quasi domicilio, o con nomi ancor differenti. Accanto però a questa concordanza lievi differenze testuali sussistono fra la legge matrimoniale civile

[1] Fu già dichiarato dal Rescritto dal Consiglio Aulico di Guerra del 4 marzo 1836: « che la mancanza di una speciale denunzia presso la rispettiva capella militare non debba cagionare la nullità di un matrimonio contratto in conformità a tutte le regole vigenti intorno ai matrimonii, sia in generale che particolarmente pei militari. »

e la canonica. La prima (§ 16) esige che la denuncia straordinaria nel caso in cui gli sposi non abitino da almeno sei settimane nel luogo della denuncia ordinaria, si faccia nel luogo in cui essi dimorarono ultimamente per un tempo *più lungo* di quello, mentre la legge canonica (Istruz., § 62) si accontenta che anche in questo secondo luogo la loro dimora sia stata di sole sei settimane ([1]). Inoltre la legge civile (ibid.) permette che ad evitare la denuncia straordinaria, si possa protrarre a sei settimane la dimora nel luogo della denuncia ordinaria, ed eseguir poi questa sola, ma codesto surrogato non ammette del pari la legge canonica.

2. La doppia pubblicazione di cui tratta l'attuale paragrafo ha per sola condizione, che gli sposi abitassero da più di sei settimane in una parrocchia diversa da quella in cui deve contrarsi il matrimonio, mentre in quest'ultima siano dimoranti da meno di sei settimane. Pertanto la distanza materiale fra le due parrocchie non è menomamente valutata dalla legge, la quale è del pari applicabile se le due parrocchie appartengano a due diverse città, o borgate, come se dall'una all'altra non siavi che il passaggio da una via ad altra dello stesso paese. Nemmeno può credersi che tale duplicità di pubblicazioni presupponga necessariamente che la dimora degli sposi, continuata per più di sei settimane in luogo diverso da quello in cui il matrimonio deve essere contratto, e in cui la dimora di essi durò per un tempo minore di quello, debba essere immediatamente precedente a quest'ultima dimora, sicchè in diverso caso non due volte debbano intraprendersi le pubblicazioni, ma tante quante sono le dimore intermedie fra quelle due. Imperocchè il presente paragrafo dice bensì che nel caso da esso contemplato le pubblicazioni debbano farsi anche nel luogo dell'*ultima* dimora, ma aggiungendo a queste parole le altre: *ove abbiano abitato per un tempo più lungo di quello ora determinato*, restringe il significato della parola *ultima*, rendendo questa manifestamente inapplicabile a tutti i luoghi in cui gli sposi abbiano dimorato per un tempo uguale a quello, o minore, comunque in epoca più vicina all'ultimo cambiamento di soggiorno.

3. Egli è evidente che se gli sposi non avessero dimorato nè nella parrocchia della conclusione del matrimonio per almeno sei settimane, nè precedentemente in altra per un tempo maggiore, la denuncia non dovrebbe farsi che nella prima parocchia, non essendo un tal caso espressamente contemplato da questo paragrafo.

4. Disputarono gli interpreti del § 72 del Codice civile generale, e la disputa potrebbe farsi anche intorno all'attuale paragrafo della nuova Legge matrimoniale civile, identico al primo, se nel caso in cui tornò necessaria la pubblicazione del matrimonio nel luogo dell'ultima dimora, la medesima possa ommettersi nel luogo in cui il matrimonio deve essere conchiuso. Noi siamo d'avviso col Dolliner (op. cit., vol. I, § 53, n.° 5) essere mente della Legge che in ambedue i luoghi la pubblicazione debba essere fatta. Imperocchè ciò sembra dinotare abbastanza la parola *anche* usata dalla Legge nel prescrivere la pubblicazione nel luogo dell'ultima dimora; di più la stessa proposizione finale del paragrafo, nelle parole: *ivi fatta*, suppone evidentemente che la necessità della pubblicazione nel luogo della conclusione del matrimonio, a cui esse riferiscono, appaja abbastanza dalle espressioni che precedono. Il Dolliner (ibid.) cita eziandio in conferma di questa opinione l'unanime voto della Commissione di Giustizia, in seno alla quale fu discusso il Codice galliziano, espresso in una seduta tenutasi alli 8 marzo 1802 intorno al § 82 di quel Codice, corrispondente al § 72 del Codice civile generale.

5. Il Nippel (*Erläuterung des a. b. G. B.*, I, § 32-323), e lo Stubenrauch (op cit., ai §§ 69-74, n.° 5) professano l'opinione da noi difesa nel numero precedente pel solo caso in cui la denunzia non sia stata ancora perfettamente eseguita nell'anteriore luogo di dimora degli sposi, ma non anche nel caso opposto; in questo essi opinano invece che non sia necessaria secondo la mente della legge la denunzia anche nel luogo della conclusione del matrimonio. Questa interpretazione è combattuta, a nostro credere, vittoriosamente dal Dolliner (op. cit., vol. I, § 53, n.i 6, 7), agli argomenti del quale noi aggiungiamo due altri, che ci pajono bastevoli anche da sè soli, e cioè: che, se vera fosse

([1]) Questa divergenza fra le due leggi può aver efficacia nella pratica nel sol caso, certamente improbabile, in cui in tutti i luoghi nei quali il diritto ecclesiastico prescrive la denuncia del matrimonio, i conjugi abbiano dimorato precisamente sei settimane sole. In questi casi dovrebbesi denunciare il matrimonio in un altro luogo ancora, in cui i conjugi avessero abitato per più di sei settimane, secondo il disposto della legge civile.

quell'interpretazione del Nippel e dello Stubenrauch, la legge dovrebbe apparire incoerente a sè medesima, ordinando in un caso la denuncia del matrimonio nella antecedente e nella nuova dimora degli sposi, e in un altro invece non richiedendola che nella nuova dimora, e ciò non per altro se non perchè nel primo caso una delle denuncie venne già parzialmente eseguita; che inoltre, improvvida e manchevole al suo scopo, diverrebbe la legge in tal modo interpretata, in quei casi in cui l'antecedente e la nuova dimora degli sposi fossero assai discoste fra loro. Pertanto l'opinione da noi propugnata nella precedente nota deve essere accettata per ogni caso e senza alcuna restrizione [1].

6. Domanda il Kutschker (op. cit., vol. IV, pag. 14), dietro l'esempio degli interpreti del § 72 del Codice civile, se la durata delle sei settimane di dimora necessaria affinchè basti la denuncia fatta nel luogo della conclusione del matrimonio debba essere decorsa intieramente prima che si comincino le pubblicazioni, oppure possa comprendere in sè medesima il tempo in cui le pubblicazioni stesse hanno luogo. Per verità le espressioni dell'attuale paragrafo, per sè prese, lasciano che insorga una tale quistione, nè porgono fondamento per iscioglierla piuttosto in uno che in altro senso; la medesima, agitata fra gli interpreti del Codice civile da un punto di vista di pratica utilità, vuol essere sciolta colla scorta dello scopo e dello spirito della legge. Valendoci appunto di questi criterii noi opiniamo col Dolliner (loc. cit., n.° 10) e col Kutschker (loc. cit.) che la dimora di sei settimane nel luogo in cui si fanno le pubblicazioui deve essere compiuta prima che queste comincino. Invero, ove non si accetti questa opinione, e si comprenda invece in quelle sei settimane anche il tempo delle pubblicazioni, tale durata viene manifestamente a comporsi di un elemento per sua natura assai variabile, qual è il tempo che si richiede ad ultimare le pubblicazioni nei differenti casi. Inoltre, come nota il Kutschker, la prima opinione è più favorevole della seconda allo scopo delle pubblicazioni, cioè alla scoperta degli impedimenti, perchè maggior tempo vi accorda. E finalmente osserviamo, che, essendo il contenuto di questo paragrafo identico a quello del § 72 del Codice civile generale, la nostra interpretazione appoggiasi eziandio ad argomento attinto da quel Codice. E questo si è che, dichiarandosi dal Codice civile (§ 74) propriamente necessaria *soltanto una* delle tre pubblicazioni, deve pur riferirsi a questo caso la disposizione del medesimo (§ 72) intorno alla dimora delle sei settimane, ed a quest'uopo essa non può evidentemente avere altro significato da quello che le sei settimane debbano trascorrere prima affatto di ogni pubblicazione.

7. Il vocabolo *oppure* adoperato in questo paragrafo per congiungere due distinte disposizioni, può ingenerare il dubbio, se in pratica sia libera la scelta fra l'una o l'altra di esse, oppure se non debbasi applicare la seconda che nel caso in cui non si possa applicare la prima [2]. Può dimandarsi cioè, se agli sposi che non hanno ancor dimorato sei settimane nel luogo della conclusione del matrimonio, sia libero il sottrarsi alla denuncia anche nell'ultima loro dimora in cui si sono trattenuti per un tempo più lungo, protraendo in quel luogo la loro stanza, fino a compiere le sei settimane, e poi facendovi intraprendere le pubblicazioni, o se a questo espediente essi possano appigliarsi nel solo caso in cui non abbiano dimorato mai anteriormente in luogo alcuno più di sei settimane, e non si avveri quindi la supposizione da cui il paragrafo incomincia. Noi abbracciamo di preferenza la seconda delle suesposte opinioni, per due ragioni. Primieramente perchè la medesima, dando luogo ad un maggior numero di pubblicazioni della prima, favorisce meglio per ciò lo scopo della denuncia dei matrimonii. In secondo luogo, e questa ragione ci pare di molto peso, perchè in tale maniera si conciliano assai bene fra loro le due leggi civili ed ecclesiastica; l'ultima delle quali, come si è notato (vedi qui sopra n.° 1), prescrive già per regola generale quella pluralità delle denuncie, che il paragrafo attuale non esige che nei casi da esso contemplati, onde segue che niun surrogato alla medesima possa far di mestieri se non nei molto rari casi in cui le pubblicazioni canoniche non

[1] Deve pertanto ritenersi abrogato dal presente paragrafo il Decreto Aulico 25 ottobre 1817, il quale prescriveva che pei sudditi ungheresi i quali volessero contrar matrimonio nelle provincie ereditarie tedesche, senza aver dimorato nel luogo della conclusione del matrimonio per tutto il tempo prescritto dal § 72 del Codice civile, bastasse la pubblicazione del matrimonio fatta nell'antecedente loro dimora in Ungheria.

[2] Niuno si è finora proposto questa domanda, nè fra gli interpreti del Codice civile, nè fra quelli della presente Legge.

si possano eseguire [1]. L'opinione contraria implica necessariamente che si dimentichi l'efficacia delle disposizioni ecclesiastiche concorrenti nell'argomento in discorso colle disposizioni della legge civile, e, per ottenere un' effettuazione espressa, ma in pari tempo materiale di queste ultime, conduce ad un' inutile ed incomoda moltiplicità di denuncie.

8. Il contenuto del presente paragrafo e le interpretazioni che noi abbiamo esibito qui sopra, applicansi certamente anche ai matrimonii misti [2] ed ai matrimonii dei militari. Quanto ai matrimonii misti però, giova avvertire che, non essendo a farsi per essi le pubblicazioni prestabilite dal diritto canonico, nemmeno può accadere che nelle loro pubblicazioni, la legge canonica supplisca la civile nel modo di cui abbiamo toccato in numeri precedenti (n.i 1 e 7). Riguardo ai matrimonii dei militari, osserviamo in particolare che, essendo i medesimi attualmente regolati dalle istesse leggi, dalle quali i matrimonii degli altri sudditi, il presente paragrafo toglie ogni vigore al Decreto Aulico 23 luglio 1807, il quale stabilì che per appartenere alla giurisdizione di un curato militare non occorra la dimora continuata per sei settimane dove quella giurisdizione si esercita, donde verrebbe che da qualunque tempo una persona appartenesse allo stato militare, allorchè dovrebbe denunciarsi il suo matrimonio, questa denuncia non ispetterebbe ad altro curato che al militare, nè sarebbe ad eseguirsi altrove che nella cappella militare. Al contrario dee ritenersi in forza del presente paragrafo, che se una persona trovasi in militare servizio da tempo minore di sei settimane, il di lei matrimonio debba essere denunciato anche dal precedente curato civile, ove ella non preferisca di differire le pubblicazioni fino al compimento delle sei settimane. Così opina anche il Kutschker (op. cit., vol. IV, pag. 46).

9. Delle pubblicazioni eseguite in luogo diverso da quello in cui il matrimonio deve essere contratto devesi presentare al parroco del secondo luogo regolare certificato. Sui requisiti di questo vedansi le annotazioni al successivo § 21.

§ 17.

Non conchiudendosi il matrimonio entro sei mesi dacchè ne fu intrapresa la denuncia, dovranno ripetersi le tre pubblicazioni.

1. Questo paragrafo è identico alla lettera al § 73 del Codice civile. Nel diritto ecclesiastico l'intervallo di tempo, dopo il quale le pubblicazioni debbono essere rinnovate, è rimesso al rituale, che in questo proposito non è sempre uniforme in tutte le diocesi. Ora però l'Istruzione (§ 64) ha adottato il termine di sei mesi anche per la ripetizione delle pubblicazioni prescritte dai canoni, lasciando in pari tempo ai Vescovi la facoltà di ordinare la medesima anche dopo il decorso di un tempo minore.

2. L'intervallo di sei mesi deve naturalmente computarsi non dalla prima o seconda, ma dall'*ultima*, cioè dalla terza antecedente pubblicazione, siccome ebbe già a dichiarare un Decreto Aulico del 23 dicembre 1797.

3. La prescrizione che tutte e tre le pubblicazioni debbano ripetersi dopo l'intervallo di sei mesi, non deve estendersi al segno di ritenere che la nuova denuncia debba farsi in tutti i luoghi ne' quali doveva essere fatta sei mesi innanzi; poichè gli sposi possono avere nella nuova loro stanza una dimora di sei settimane che non ebbero nella stanza anteriore, al tempo della prima denuncia (Dolliner, op. cit., vol. I, § 54; Stubenrauch, op. cit., ai §§ 69-74, n.° 8). Quante e quali pubblicazioni debbano farsi per la seconda volta lo si deve decidere, applicando precisamente anche alla nuova dimora degli sposi le regole fornite dai precedenti §§ 15 e 16.

4. Poichè la dispensa delle pubblicazioni tiene luogo di esse, e nell'intervallo dei sei mesi dopo averla ottenuta può essere insorto un impedimento dapprima non esistente, vuolsi ritenere che le seconde pubblicazioni devono realmente eseguirsi, ove da esse pure non ottengasi una nuova dispensa.

[1] Sia che in nessun luogo i conjugi abbiano abitato anteriormente per sei settimane, o sia che tutte le anteriori dimore siano state di sole sei settimane precise, casi ambedue assai poco probabili.

[2] Pei matrimonii misti l'applicazione di questo paragrafo vuol certamente essere combinata con quello del paragrafo precedente, laonde in ogni dimora della parte acattolica in cui dee farsi denuncia del matrimonio, questa avrà luogo e nella comunità religiosa a cui essa parte appartiene, e nella corrispondente parrocchia cattolica.

§ 18.

La dichiarazione del consenso deve farsi avanti al parroco di uno degli sposi, al di lui sostituto, o ad un sacerdote abilitato dal Vescovo ed alla presenza di due testimonii.

1. La dichiarazione del consenso è l'atto costitutivo del matrimonio in faccia ad ambedue le leggi, civile ed ecclesiastica (§ 1 di questa Legge, Appendice II, § 11). La disposizione contenuta in questo paragrafo, lo è anche nel § 75 del Codice civile generale, e le differenze che si ponno rimarcare fra la redazione dell'uno e quella dell'altro sono cagionate principalmente da ciò, che il Codice civile ha di mira la dichiarazione del consenso tanto fra cattolici, quanto fra acattolici, mentre il paragrafo attuale non si può riferire che alla prima. Oltracciò fa mestieri avvertire, che, mentre la disposizione contenuta nel § 75 del Codice civile è propria di questo codice, quella invece contenuta nel presente paragrafo non è che una riproduzione della disposizione ecclesiastica sullo stesso argomento, come lo prova l'identità di esso paragrafo col primo periodo del § 58 dell'Istruzione. Essendo i matrimonii dei cattolici nell'Impero d'Austria regolati ora essenzialmente dal diritto canonico, il disposto della legge civile austriaca intorno all'atto costitutivo del matrimonio, qual è la dichiarazione del consenso, non poteva non essere fedelmente desunto da quel diritto. Tale identità per altro suggerisce la domanda, come dunque sia sembrato opportuno ai compilatori della presente legge introdurvi il paragrafo attuale. Noi crediamo che nella mente dei compilatori questo paragrafo non sia tanto destinato a provvedere alla dichiarazione del consenso al matrimonio fra i cattolici, la quale è già completamente regolata dalle leggi ecclesiastiche, quanto piuttosto a costituire una naturale premessa al § 19 successivo, concernente la dichiarazione del consenso nei matrimonii misti, della quale ultima il diritto canonico universale non si occupa, e nemmeno l'Istruzione (vedi § 38) porge completamente le regole. Inoltre, dacchè la presente Legge (§§ 28-30) impone ai parrochi assistenti ai matrimonii dei cattolici alcuni obblighi aventi anche una sanzione civile, egli era naturale ch'essa pure designasse quei parrochi, almeno col confermare il relativo disposto del diritto ecclesiastico, e come appropriandoselo. Non ad altro fine fu scritto questo paragrafo, a parer nostro, e ci conferma in questa opinione il riflettere, che a chi diversamente pensi esso deve necessariamente apparire incompleto, come quello che nè si occupa in particolare delle conseguenze della inosservanza delle sue disposizioni, nè di alcune modalità, giuridicamente importanti, della stessa dichiarazione del consenso, come, per es., dell'apposizione di una condizione (vedi i §§ 51-55 dell'Istruzione). Intanto giova ripetere non riferirsi questo paragrafo che ai soli matrimonii conchiusi da cattolici con cattolici.

2. Essendo, come abbiamo notato nel numero precedente, il contenuto di questo paragrafo completamente desunto dal diritto canonico, giusta il quale unicamente devesi oggidì decidere in Austria di tutto quanto si riferisce alla dichiarazione del consenso nel matrimonio dei cattolici, noi riputiamo inutile il trattar qui tutte le molteplici quistioni che si agitano fra gli interpreti del § 75 del Codice civile generale, relativamente alla medesima dichiarazione, come, p. es.: intorno ai requisiti del parroco ordinario innanzi a cui essa ha luogo, alle persone che il parroco ordinario può sostituire a sè medesimo, od anche all'intervento dell'Ordinario in luogo del parroco, al modo in cui può farsi la delegazione ad assistere al matrimonio, o suddelegarsi, e questa delegazione e suddelegazione rivocarsi, ed agli effetti di questa revoca. Alcune di queste quistioni si trovano decise nel diritto matrimoniale cattolico venuto ora in luogo del civile, come, p. es., quella intorno al potere l'Ordinario assumere la dichiarazione del consenso invece del parroco proprio, od altri in luogo di quest'ultimo delegare, e quella intorno al poter essere anche laico il sostituto del parroco proprio (conf. per quest'ultima Dolliner, op. cit., vol. I, § 57, n.° 9). Le altre vogliono discutersi e decidersi piuttosto in un commento ai paragrafi dell'Istruzione (38-50) che trattano del soggetto istesso del paragrafo attuale. Soltanto ci sembra opportuno esporre qui alcune osservazioni intorno alla forma delle delegazioni ad assistere ai matrimonii, e intorno alla determinazione del parroco proprio, innanzi al quale dee farsi la dichiarazione del consenso.

3. Disputano i commentatori del Codice civile, se la delegazione fatta dal parroco ad altro prete, onde intervenga in sua vece alla dichiarazione del consenso, debba essere

scritta o possa anche farsi semplicemente a voce. La maggior parte di essi propendono a questa seconda opinione (fra i quali Dolliner, op. cit., vol. I, § 57, n.° 11, Stubenrauch, op. cit., ai §§ 75-77 del Codice civile generale, n.° 4). L'ugual quistione può elevarsi anche riguardo alla presente Legge, dacchè il legislatore austriaco potrebbe, senza mancar di rispetto alle leggi ecclesiastiche, aver voluto sancir da solo qualche cosa intorno alla forma di tale delegazione, come già fece in altri punti del diritto matrimoniale, meramente formali. Noi crediamo che niun fondamento presti questa legge all'opinione doversi fare in iscritto la delegazione di un sacerdote diverso dal parroco proprio ad assumere la dichiarazione del consenso, e nulla quindi in lei si opponga alla libertà di forma accordata in proposito dal diritto canonico. In vero nè quelle parole: *rilasciare il documento*, ecc., che si leggono nel § 81 del Codice civile, dalle quali taluni dedussero che la delegazione in discorso debba per quel codice farsi in iscritto, nè altre equivalenti ad esse riscontransi nel § 29 della presente Legge, corrispondente a quel paragrafo.

4. Le regole del diritto canonico intorno alla determinazione del parroco avanti al quale dee dichiararsi il consenso in ogni matrimonio fra cattolici, ci sembra opportuno qui riassumere in breve, perchè ne ricaveranno lume antecedenti paragrafi e disposizioni. Trattando delle pubblicazioni dei matrimonii, i §§ 15 e 16 di questa Legge accennano alla parrocchia degli sposi, ed alla parrocchia in cui si deve contrarre il matrimonio, ma non forniscono elementi per determinarle; e noi pure non le abbiamo determinate nelle annotazioni che abbiamo soggiunte a quei paragrafi. Questa determinazione avevamo riservata fin d'allora all'occasione in cui si sarebbe trattato dal parroco innanzi al quale deve conchiudersi il matrimonio mediante dichiarazione del consenso. Erronea noi diciamo senza esitanza l'opinione di un recente scrittore [1] che la presente legge contenga norme proprie, diverse dalle ecclesiastiche, intorno al domicilio degli sposi in cui il matrimonio dee conchiudersi, e che in particolare, « essa riconosca acquistato il domicilio in un dato luogo dopo sei settimane di dimora ivi continuata. » Il § 16 di questa Legge, cui unicamente quello scrittore può riferirsi, nulla stabilisce intorno al domicilio idoneo alla conchiusione del matrimonio, ma anzi lo suppone manifestamente come già determinato o da determinarsi (nè certo da altra legge che dalla canonica), parlando, come fa, in modo affatto generale della *parrocchia in cui deve contrarsi il matrimonio*, e quella sua disposizione circa la dimora di sei settimane in tale parrocchia non vuol già significare che, mancando ivi simile dimora, il matrimonio non vi si possa contrarre o pubblicare, come pure esser dovrebbe perchè la sentenza che combattiamo fosse vera, ma soltanto che quella dimora ivi è necessaria affinchè il matrimonio non si debba pubblicare *anche* nel luogo in cui gli sposi abbiano ultimamente dimorato per un tempo più lungo di quello. — Ora le regole canoniche intorno alla determinazione del luogo opportuno, e quindi del parroco competente per la conchiusione del matrimonio, quali trovansi esposte in particolare nell'Istruzione (§§ 39-46), si possono ridurre alle seguenti: *a*) Per regola generale il matrimonio debbe essere conchiuso colà dove uno degli sposi ha il proprio domicilio, cioè dove egli si è stabilito coll'intenzione di soggiornarvi costantemente. *b*) Se taluno ha più di un domicilio, come, p. es., uno in città, ed un altro alla campagna, gli è libero di contrarre matrimonio davanti al parroco dell'uno o dell'altro (Dolliner, op. cit., vol. I, § 57, n.° 7). *c*) Chi non ha domicilio propriamente detto (*domicilium verum*), ma in qualche luogo ha un quasi domicilio (*quasi domicilium*), cioè vi si è stabilito coll'intenzione di soggiornarvi per un tempo considerevole, p. es., per la maggior parte dell'anno, può contrarre matrimonio davanti al parroco di tal luogo. *d*) Chi ha più quasi-domicilii, oppure, oltre al domicilio, ha uno o più quasi-domicilii, può nell'un caso contrarre matrimonio in qualunque dei quasi-domicilii, e nell'altro lo può contrarre o nel domicilio, o nel quasi-domicilio, o in qualunque dei quasi-domicilii, a sua libera scelta. *e*) Tanto il domicilio poi, quanto il quasi-domicilio si acquistano in un luogo anche dimorandovi un solo giorno, purchè coll'intenzione di protrarvi la dimora pel tempo corrispondente all'uno od all'altro. Soltanto se al domicilio si accompagni il quasi-domicilio, il § 44 dell'Istruzione esige, onde quest'ultimo si riconosca, una preesistente dimora effettiva e consueta per la maggior parte dell'anno, od almeno di sei settimane, allorchè esso viene asserito. *f*) Coloro che si trattengono in qualche luogo soltanto di passaggio, sia per

[1] Amati, op. cit., pag. 23.

affari, o per ricreazione, o per una periodica occupazione, ed hanno un proprio domicilio o quasi-domicilio, soltanto in questi ultimi luoghi e non nel primo possono contrarre matrimonio. *g*) I *vagabondi* e *girovaghi*, cioè quelle persone che hanno abbandonato per sempre il loro domicilio, e passano da un luogo all'altro, senza intenzione di soggiornare stabilmente in nessun luogo, possono contrarre matrimonio davanti al parroco, nella cui parrocchia attualmente si trovano. Sembra però non infondata l'opinione di Dolliner (op. cit., vol. I, § 57, n.° 7) che il matrimonio di due persone, una delle quali sia vagabonda, debba possibilmente contrarsi nella parrochia dell'altro sposo, onde meglio corrispondere alle mire che ebbe il Concilio Tridentino nel costituire l'impedimento di *clandestinità*.

5. Tutte le quistioni che si agitano fra gli interpreti del § 75 del Codice civile generale intorno alla qualità che aver debbono i testimonii alla dichiarazione del consenso, non possono attualmente ventilarsi e risolversi che col sussidio dei principii relativi di gius canonico, nè devono quindi trovar luogo nelle annotazioni al presente paragrafo. Dicasi ciò specialmente della principalissima fra tali quistioni, di quella cioè se i testimonii alla dichiarazione del consenso debbono essere *specialiter vocati*, e se valga una dichiarazione avvenuta in faccia a persone che trovaronsi presenti per mero caso, o per arte, o per forza, ripugnando la loro volontà. Gli stessi interpreti del Codice civile non si pongono a sciogliere questa quistione, che valendosi del diritto ecclesiastico (vedi Dolliner, luogo cit., n.i 15 e 16). — Una sola cosa reputiamo opportuno avvertire in questa materia, dal punto di vista della legge civile. Noi siamo d'avviso, cioè, che il consiglio dato da Dolliner (luogo. cit., n.° 15) che i testimonii alla dichiarazione del consenso siano tali, cui non osti difetto alcuno anche secondo le regole del processo civile, attesochè la loro testimonianza potrebbe essere adoperata in seguito onde provare dinanzi al foro civile l'avvenuto matrimonio, sia ancora attualmente da seguirsi e per quello stesso motivo. Imperocchè, sebbene per regola generale una quistione promossa intorno all'esistenza di un matrimonio di persona cattolica debba attualmente essere agitata avanti al foro ecclesiastico cattolico, tuttavia qualche caso questa Legge pur contempla (§ 55) in cui la quistione medesima può agitarsi anche davanti al foro secolare.

6. Nulla si dice in questo paragrafo intorno alla nuziale benedizione, la quale, se non costituisce, secondo i cattolici, l'essenza del matrimonio come sacramento, non suol però fra i medesimi andar disgiunta dalla celebrazione di esso. Cagione di tale silenzio si è l'essere la benedizione nuziale un atto meramente religioso, sicchè le regole intorno alla medesima appartengano esclusivamente al diritto canonico. Per la stessa ragione non parla questo paragrafo del cosidetto *tempo sacrato*, cioè delle epoche dell'anno nelle quali è vietata di regola la celebrazione dei matrimonii di persone cattoliche. Si devono quindi ritenere attualmente abrogati i Decreti Aulici 11 ottobre 1784, e 27 luglio 1805, particolari all'arciducato d'Austria, i quali prescrissero giorni e periodi del giorno in cui si debbano celebrare i matrimonii dei campagnuoli e degli operai.

7. Il contenuto di questo paragrafo, ed ancor più, le corrispondenti disposizioni del diritto canonico e dell'Istruzione si applicano eziandio alle persone militari, se non che il parroco proprio nei matrimonii dei militari addetti alla *milizia vaga*, quand'anche uno solo degli sposi appartenga a questa classe di persone, è determinato da norme affatto speciali. Queste norme sono le stesse da noi già esposte (annotaz. al § 14) per determinare qual parroco debba intraprendere le pubblicazioni di quei matrimonii, e trovansi compendiate anche nel § 46 dell'Istruzione. Un parroco civile non può congiungere in matrimonio una persona militare con altra dello stato civile, se non avendone ottenuta autorizzazione dal competente curato militare, siccome dispone un Decreto Aulico, 12 aprile 1754, esteso anche ai militari in permesso dal Rescritto del Consiglio Aulico di Guerra 4 marzo 1836. Che se per avventura non si potesse in qualche caso avere il curato militare competente onde congiungere in matrimonio persona addetta alla milizia vaga, giusta i Decreti Aulici 19 maggio e 16 giugno 1808, i quali prescrivono essere obbligato il clero civile a supplire in caso di bisogno il clero militare negli atti di giurisdizione, dovrebbe prestarsi a quell'ufficio il parroco civile locale. Vuolsi avvertire però che in questi stessi casi il parroco civile non può assumere la dichiarazione del consenso, che ove non trovisi in luogo alcun cappellano anche di un reggimento diverso da quello, cui lo sposo militare appartiene, poichè se vi fosse, spetterebbe a lui il ministero parrocchiale nel matrimonio

alla presenza però del parroco del luogo, giusta un Decreto Aulico 12 settembre 1772 (Stubenrauch, op. cit., ai §§ 75-77 Codice civile generale n.° 3).

§ 19.

Pei matrimonii tra cristiani cattolici ed acattolici la dichiarazione deve farsi avanti al curato cattolico. Un' eccezione ha luogo in quelle parti della monarchia, per le quali la Santa Sede ha emessa l'Istruzione del 30 aprile 1841; nel territorio delle medesime deve valere siccome conforme alla legge quel consenso, che vien dato dagli sposi avanti al curato della parte acattolica, ed in assenza del parroco cattolico.

1. Il primo periodo di questo paragrafo contiene una disposizione intorno alla conclusione dei matrimonii misti, che non si trova nel diritto canonico universale, e che anche nell'Istruzione non si riscontra in un modo così esplicito, siccome già abbiamo osservato (annot. al paragrafo precedente, n.° 1). Che il matrimonio di un cattolico con un acattolico debbasi contrarre davanti al parroco dello sposo cattolico, ciò dipende dal rigido comando fatto dalla Chiesa cattolica ad ogni suo fedele di contrarre matrimonio davanti al proprio parroco, mentre l'egual comando e coll'egual rigore non sogliono fare in generale le Chiese acattoliche. La medesima disposizione riscontrasi eziandio nel § 77 del Codice civile, colla sola differenza, che questo paragrafo ordina espressamente che anche alla dichiarazione del consenso nei matrimonii misti debbano essere presenti due testimonii; ma questa prescrizione è evidentemente sottintesa anche nel paragrafo attuale, il quale non è in sostanza che uno schiarimento del paragrafo precedente. — Niun' altra osservazione sembra suggerire il tenore espresso del periodo primo dell'attuale paragrafo; tuttavia siccome particolari norme ecclesiastiche reggono la conchiusione del matrimonio misto, capaci di influire anche sui rapporti privati delle famiglie, noi crediamo opportuno esporre brevemente in via di nota al passo di legge di cui ci occupiamo, tali norme e l'indole della loro pratica influenza.

2. Matrimonii *misti* diconsi i matrimonii che si conchiudono fra persone cattoliche, e persone non cattoliche validamente battezzate, siano queste ultime eretiche o scismatiche (Scavini, *Theol. mor. univ.* Neap. 1855, vol. III, pag. 484). Codesti matrimonii da epoca assai antica non vengono dalla Chiesa cattolica giudicati invalidi, ma soltanto illeciti e dannosi, e perciò detestati, siccome precisamente dichiarò il pontefice Pio VII in un Breve diretto all'Arcivescovo di Magonza addì 8 ottobre 1803 [1]. Non si possono conchiudere senza una previa dispensa pontificia, la quale non suolsi accordare che difficilmente e in riguardo a particolari circostanze. Conseguenze di questo sfavore della Chiesa cattolica pei matrimonii misti furono e sono tuttavia uno speciale modo prescritto all'assistenza del parroco cattolico alla conchiusione dei medesimi, e peculiari condizioni imposte allo sposo cattolico prima della conchiusione stessa. Il parroco cattolico non può prestare alla conchiusione di un matrimonio misto che una *assistenza passiva*. Questa *assistenza passiva* in ciò consiste, che il parroco non assista al matrimonio in luogo sacro, nè con sacri indumenti, e sui contraenti non reciti alcuna prece, nè in alcun modo impartisca ai conjugi la nuziale benedizione. Così ordinava il pontefice Pio VI nel suo Rescritto ai Vescovi del Belgio del 13 luglio 1782. E questa pratica vige tuttodì nella Chiesa cattolica di Francia (vedi Kutschker, op. cit., vol. IV, pag. 765), e suol essere prescritta di volta in volta dalla S. Congregazione dell'Ufficio nelle dispense da lei emanate per la conchiusione dei matrimonii misti, colle consuete espressioni: *coram ordinario laudato, sive ejus delegato, et duobus testibus confidentibus, privato et secreto extra Ecclesiam, absque ulla ecclesiastica solemnitate et nuptiarum benedictione, juxta formam tamen a S. Concilio tridentino præscriptam.* Dal canto suo niun cattolico può, secondo la pratica della Chiesa cattolica, essere ammesso a conchiudere matrimonio con un acattolico, se prima non abbia dato al parroco le cosidette *cauzioni* (*cautiones*), non gli abbia cioè formalmente promesso che non si lascierà pervertire dal conjuge acattolico, ed anzi si adopererà con tutte le sue forze alla conversione di questo, e che tutta la prole che sarà per nascere verrà educata nella fede cattolica. Egli è ben inteso che per far seriamente questa seconda promessa,

(1) *Cum hæreticis connubia ecclesiam catholicam tamquam illicita, perniciosa et detestabilia perpetuo interdixisse et reprobasse.*

lo sposo cattolico debbe essersi accordato dapprima in modo opportuno coll' altro sposo acattolico. *Assistenza passiva* del parroco e previa emissione delle *cauzioni* da parte dello sposo cattolico, tali sono le condizioni alle quali si permettono di regola i matrimonii misti nella Chiesa cattolica. Il rigore di questi principii venne attenuato dai Pontefici in alcuni paesi, in vista di particolari circostanze, e per allontanare il pericolo di inconvenienti maggiori. L'attenuazione suol consistere in ciò, che, salvo l'obbligo dell'*assistenza passiva* nel parroco cattolico, si ammettano al matrimonio con persone acattoliche anche cattolici che non abbiano previamente fornite le consuete suaccennate cauzioni. Questo temperamento venne ammesso, per esempio, nell'Ungheria e nella Transilvania da Breve Pontificio 30 aprile 1841, e dalla unita Istruzione della stessa data, dietro supplica dei Vescovi di quei paesi, i quali già da tempo lo aveano messo in pratica nelle loro diocesi, onde provvedere ad una urgente necessità. Il medesimo venne poi esteso anche alle diocesi dell'impero Austriaco, comprese nel territorio della confederazione germanica (*in foederatis Germaniae partibus*), mediante pontificia Istruzione 22 maggio 1841 ([1]), dietro preghiere indirizzate collettivamente al Papa dai rispettivi Arcivescovi e Vescovi, in seguito a Sovrano Rescritto di Gabinetto 2 giugno 1840. Anche in queste diocesi una tal pratica era già prima in vigore, presumendosi il pontificio assenso (*ex praesumpto pontificis assensu* (vedasi la testè accennata Istruzione). Laddove però i Pontefici non introdussero simili eccezioni alle regole esposte intorno alla conclusione dei matrimonii misti, queste rimangono in pieno vigore. Nella Monarchia Austriaca in particolare ciò deve dirsi attualmente rispetto al regno Lombardo-Veneto, alla Dalmazia, alla Croazia e Schiavonia. In questi paesi vuolsi ritenere coll'abate Nardi (op. cit., Padova 1857, pag. 155) che « nei pochi casi di matrimonii misti che vi avvenissero, occorrerà attenersi esattamente al Breve di dispensa pontificia. »

3. L'emissione delle cosidette *cauzioni* imposte da dispensa pontificia in un matrimonio misto, cioè intorno allo sforzo di convertire al cattolicismo il conjuge acattolico, ed alla educazione nella religione cattolica di tutta la prole nascitura da tale matrimonio, obbliga nell'impero d'Austria anche civilmente, ed in faccia allo Stato, come, secondo le credenze cattoliche, obbliga davanti al foro della propria coscienza? Questa quistione è di pratica manifesta importanza. Essa per altro restringesi indubbiamente al solo punto della validità civile della cauzione intorno all'educazione cattolica della prole, dacchè l'altra, concernente l'adoperarsi dello sposo cattolico onde convertire l'acattolico, non che aver valore dinanzi ai fori civili austriaci, non può nemmeno in Austria lecitamente emettersi, in virtù del Decreto della Cancelleria Aulica 27 aprile 1843, non mai posteriormente rivocato. Intorno alla validità civile della promessa fatta dallo sposo cattolico e dall'acattolico, che tutta la prole nascitura dal matrimonio misto verrà educata nel cattolicismo, opina il più volte da noi citato Kutschker (op. cit., vol. IV, pag. 740) che la forma di regolare documento dato a tale promessa basti per renderla suscettibile di giudiziale conferma ed esecuzione. Tal forma suolsi darle infatti nel Belgio in seguito al già citato Rescritto del Pontefice Pio VI del 13 luglio 1782, e nella Baviera, dove anzi la promessa medesima vien ridotta a convenzione giudiziale (Kutschker, luogo cit., pag. 754), e, benchè non prescritta nell'impero d'Austria nè da legge civile, nè da legge ecclesiastica, è per altro praticamente usitata, col nome di *reversale,* in quelle provincie del medesimo, in cui più frequenti occorrono casi di matrimonii misti (vedi Kutschker, op. cit., § 298, *passim*). Essa è inoltre in piena consonanza col natural voto della Chiesa, che la promessa in discorso, da lei creduta per sè capace di giudiziario appoggio, venga anche rivestita di quei caratteri pei quali ogni valida promessa in generale suole ottenere appoggio davanti ai tribunali secolari (vedi in proposito un Rescritto di Gregorio XVI riferito da Kutschker, luogo cit., pag. 756 e 57). Sembra a noi però che del valor civile delle reversale emessa da coloro che vogliono contrarre matrimonio misto, intorno all'educazione cattolica della futura prole, non tanto la forma debba decidere, quanto il suo istesso contenuto. Deesi esaminare cioè, a nostro parere, se la medesima non violi alcuna legge positiva vigente nella monarchia Austriaca, e se, prescin-

([1]) Questa Istruzione fu dietro Sovrano Rescritto di Gabinetto 22 agosto 1841 comunicata ai Governi di tutte le provincie tedesche dell'impero mediante Decreto della Cancelleria Aulica 3 settembre 1841, ed al Governo della Galizia mediante Decreto della Cancelleria Aulica 8 agosto 1842.

([2]) E conforme alla proibizione e punibilità del proselitismo secondo le vigenti leggi austriache.

dendo anche da ciò, ella possa per la sua istessa natura dare origine a vera e perfetta obbligazione, giusta il diritto privato austriaco. La risposta al primo capo delle domanda non ci pare difficile, e riesce sfavorevole appieno a coloro i quali avvisano, la reversale intorno all'educazione dei figli partorire in Austria perfetto obbligo civile in chi l'emise. Imperocchè vige tuttodì nell'Impero austriaco una disposizione contenuta nella Sovrana Patente 13 ottobre 1781, in virtù della quale i figli di un padre cattolico *devono* essere educati nella religione cattolica, e di quelli invece nati da padre acattolico e da madre cattolica, i maschi *devono* essere educati nella religione del padre, le femmine in quella della madre. Contraddice al certo alla seconda parte di questa disposizione la reversale in discorso, ed ella dee perciò dirsi civilmente invalida, pel noto principio, che al pubblico diritto patti privati non possono derogare. Dimentichiamo ora codesta argomentazione. Supponiamo che la disposizione di legge testè citata non sussista, e che in un matrimonio misto sia libero al padre acattolico educare i figli maschi nella sua religione o nella cattolica, e veniamo al secondo capo della posta domanda, a quello cioè: se la reversale intorno all'educazione cattolica dei figli, emessa prima del matrimonio misto dallo sposo acattolico, e dalla sposa cattolica, obblighi costoro secondo i principii del diritto privato austriaco. Vuolsi qui riflettere anzi tutto che l'importanza della quistione concerne soltanto lo sposo acattolico, perchè, siccome il proprio effetto della reversale sarebbe di spogliar questo di un suo diritto, ella deve necessariamente obbligar prima lui, affinchè anche lo sposo cattolico sia poi tenuto a concorrere nella sua osservanza. Ora, verso chi veramente obbligherebbesi lo sposo acattolico mediante la reversale, se da questa nascesse una vera obbligazione? Non con altri al certo, se non con una di queste due parti: la Chiesa cattolica, oppure la sposa cattolica, perchè queste sole hanno interesse all'emissione della reversale. Se non che una obbligazione di persona acattolica verso la Chiesa cattolica in oggetto meramente religioso, non che tenere, non può nemmeno nascere, perchè tali due parti sono in ogni cosa perfettamente straniere l'una all'altra, e infatti la condizione della educazione cattolica di tutta la prole nascitura dal matrimonio misto non può essere che un accessorio della data licenza di contrarlo, ed imposta quindi al solo sposo cattolico, cui solo tale licenza può impartire la Chiesa cattolica, sicchè la stessa adesione dello sposo acattolico tocchi allo sposo cattolico ottenerla, qual mezzo necessario all'adempimento di un proprio dovere. Rimane adunque che l'obbligazione di educare i figli maschi nel cattolicismo venga contratta dallo sposo acattolico inverso la sposa cattolica. Questa obbligazione è ella civilmente valida, è ella suscettiva di giudiziale esecuzione nel diritto austriaco? Qui sta veramente il punto vitale dell'attuale quistione. Che un padre il quale ha la facoltà di educare i proprii figli maschi in quella di due religioni che più gli piaccia, possa, senza violare alcun principio del diritto civile austriaco, obbligarsi nelle convenzioni precedenti al matrimonio ad educarli in una di esse, noi crediamo che a nessuno debba parer dubbio. Questo principio non racchiude però lo scioglimento della quistione. È nota nel diritto romano, ed anche nel diritto civile austriaco la distinzione fra le obbligazioni cui va congiunta azione, e quelle che ne sono sfornite, ma che tuttavia non sono illecite, dette perciò semplicemente obbligazioni naturali. L'obbligazione di cui noi parliamo potrebbe appartenere a questa seconda classe, e ciò bastare perchè non si dicesse civilmente valida. E noi siamo appunto di avviso, che l'una cosa e l'altra si verifichino. Invero, ove suppongasi che i tribunali confermino in qualche caso una tale obbligazione e la facciano eseguire, come altrimenti potrà chiamarsi questa esecuzione, fuorchè un costringimento a nome dello Stato di una persona, professante una religione tollerata dallo Stato stesso, a propagare una religione diversa dalla propria, contro la propria coscienza? Questo costringimento è egli possibile in uno Stato come l'austriaco, dove è proibita e punita la propaganda? No certo; ed è certo del pari che ad un atto contrario al diritto pubblico, e il quale non può mai perdere tale carattere, qualunque ne sia l'occasione, lo Stato non può determinarsi in virtù di una convenzione conchiusa fra privati cittadini. Pertanto, nemmeno in faccia alla sposa cattolica viene lo sposo acattolico obbligato civilmente per l'emessa reversale intorno all'educazione dei figli. Questa reversale non partorisce dunque alcun obbligo civile secondo il diritto privato austriaco. E così la reversale istessa è nell'Impero austriaco ed impossibile nel diritto pubblico, ed è inefficace nel diritto privato. Contro questa argomentazione unico specioso argomento potrebbe opporsi la Risoluzione Sovrana 9 giugno 1842, pubblicata con Decreto della Cancelleria

Aulica 3 luglio 1843, nella quale si dice, che se in caso di matrimonio misto lo sposo acattolico abbia rilasciata al parroco cattolico promessa scritta, e sottoscritta da due testimonii, e da inserirsi nel libro dei matrimonii, intorno alla educazione cattolica di tutti i figli, debba il medesimo, ove manchi alla data promessa, e sopra denuncia fattane all'autorità politica, venir tenuto (*verhalten*) da questa all'adempimento degli obblighi da lui contratti *riguardo all'istruzione religiosa ed all'insegnamento cattolico dei figli*. Ma a nostro credere questa Risoluzione Sovrana non toglie fondamento all'opinione da noi esposta. Contenendo una deroga ai principii generali del diritto austriaco, essa medesima non vale in modo alcuno in quelle parti dell'Impero in cui non venne pubblicata, che sono tutte quelle in cui non si pubblicarono le Pontificie Istruzioni 30 aprile, e 22 maggio 1841. Infatti, un'Ordinanza del Ministero dell'Interno, posteriore alla medesima Sovrana Risoluzione, quella cioè del 20 aprile 1848, dichiarò espressamente, che tutte le reversali intorno all'educazione dei figli, rilasciate da acattolici nei matrimonii con cattolici fino all'introduzione della passiva assistenza, ed alla emanazione della Risoluzione Sovrana succitata, non hanno per sè alcuna virtù di obbligare i primi civilmente. Se non che noi crediamo altresì, che la Risoluzione Sovrana 9 giugno 1842 non introduca una vera obbligatorietà civile delle reversali in discorso nemmeno laddove fu pubblicata. Imperocchè dessa ordina l'intervento dell'autorità politica e non della giudiziaria, nè spiega chiaramente in qual misura quell'autorità debba intervenire, se cioè ella possa anche propriamente *costringere* all'osservanza della reversale chi l'emise, chè tale non sarebbe in lingua tedesca il vero significato del vocabolo *verhalten;* e finalmente, ciò che ancor più vuolsi rimarcare, la conferma ch'essa dà all'*obbligo della istruzione religiosa e dell'insegnamento cattolico dei figli* (*Schul und religionsunterricht*), non abbraccia tutta l'*educazione cattolica* dei medesimi, intorno a cui verte l'emessa reversale. Onde assicurare pienamente questa educazione, il legislatore avrebbe dovuto adottare espedienti molto più rigorosi [1], se tale fosse stato il suo vero proposito. Conchiudiamo osservando, che nel regno Lombardo-Veneto in particolare, l'opinione più conforme al diritto austriaco intorno all'efficacia delle reversali che si emettessero dagli sposi prima di contrarre matrimonii misti, intorno all'educazione cattolica di tutta la prole, si è che le medesime non potrebbero partorire in alcun modo in confronto di ambedue una perfetta obbligazione civile da farsi valere nelle vie ordinarie di giustizia.

4. La dichiarazione del consenso nei matrimonii misti non può di regola giusta i principii del cattolicismo farsi davanti al curato acattolico, che anzi fu appunto per evitare questa irregolare dichiarazione, che i Pontefici romani hanno fatto quelle concessioni che furono dissopra accennate intorno all'assistenza dei parrochi cattolici a tali matrimonii (vedi il preambolo all'Istruzione Pontificia 30 aprile 1841). Tuttavia una dichiarazione in tal modo fatta non invalida il matrimonio, e venne dai Pontefici stessi più volte eccezionalmente concessa in determinati paesi. Benedetto XIV concedevala colla Bolla 4 novembre 1741, nei Paesi Bassi (Olanda, Zelanda e Frisia), allora sottoposti alla dominazione di casa d'Austria; e fra i dominii dell'Impero Austriaco essa non è possibile attualmente che nell'Ungheria e nella Transilvania, in virtù dell'Istruzione del pontefice Gregorio XVI del 30 aprile 1841, di cui fa cenno il secondo periodo del presente paragrafo [2]. Questo principio venne poi confermato nel regno d'Ungheria dalla Dieta e dal Re nel 1844, ed indi ripetuto nella Patente imperiale (art. IV), 29 novembre 1852, con cui fu pubblicato il Codice civile generale nell'Ungheria e nella Transilvania. Desso non vale, come nota il secondo periodo di questo paragrafo, che nei dominii dell'Impero in cui fu pubblicato, non quindi fuori dai suddetti due paesi.

[1] Come, p. es., l'allontanamento dei figli dal padre acattolico, che non volesse affatto adempiere la reversale, e il loro collocamento in opportuni istituti di educazione.

[2] Ecco i relativi termini dell'Istruzione: *Quod autem attinet ad connubiorum istorum coram acatholico ministro, seu non servata concilii tridentini forma, celebrationem, erit omnino sanctorum præsulum ac parochorum studiosissime instare, atque in charitate et patientia Christi partem catholicam hortari ac monere, ut illam nimirum ab tanti scandali turpitudine, quantum possint, absterreant. Siquidem vero hujusmodi ipsorum monitis atque hortamentis nihil, quod absit, proficentibus, mixta matrimonia ea ratione fuerint inita, inspectis tam praeteritis quam præsentibus locorum, de quibus sermo est, peculiaribus circumstantiis, erunt ab episcopis et parochis prudenter dissimulanda, et quamvis illecita pro validis habenda, nisi tamen canonicum aliunde officiat dirimens impedimentum, seu in nuptiarum celebratione appositæ fuerint conditiones substantiæ matrimonii ex catholica doctrina repugnantes.*

5. La presente Legge non ripete il permesso già dato dal § 75 del Codice civile al parroco acattolico di assistere all'atto della conchiusione del matrimonio misto. Ciò però non toglie che questa assistenza sia possibile e lecita anche oggidì, poichè il parroco acattolico non interviene che come testimonio, e il numero dei testimonii alla conchiusione di un matrimonio non è limitato nè da questa, nè dalla legge canonica.

6. Nei matrimonii misti contratti fra persone, una delle quali appartenga alla milizia vaga, la dichiarazione del consenso non può farsi che davanti al curato cattolico, in virtù della Risoluzione Sovrana 24 aprile 1837, pubblicata coll'Ordinanza del Comando Supremo dell'Armata del 5 marzo dello stesso anno. La stessa legge soggiunge eziandio che tali matrimonii, contratti contro il disposto di essa, non sono validi, ma questa sanzione viene annullata dal diritto canonico, secondo il quale, come si è notato nel numero precedente, e come appare chiaramente dalla stessa Istruzione pontificia 30 aprile 1841, siffatta irregolarità nella conchiusione del matrimonio misto non costituisce che un impedimento impediente, pel quale il matrimonio istesso è soltanto illecito; nè quell'Istruzione ebbe già per oggetto di tramutare un impedimento dirimente in impediente, ma bensì unicamente di accordare una preventiva e generale dispensa da quest'ultimo per certi paesi.

7. Un matrimonio fra due persone, una delle quali appartenga alla Chiesa cattolica di rito latino, e l'altra alla cattolica di rito greco, non è matrimonio misto, e può quindi validamente contrarsi alla presenza del parroco tanto dell'uno che dell'altro degli sposi. Tuttavia il pontefice Benedetto XIV colla sua Bolla *Etsi pastoralis* del 19 giugno e 5 luglio 1787, emanata per l'Italia e le isole che vi appartengono, ordinò, che se lo sposo è del rito latino debba assistere al matrimonio il parroco latino; ma se lo sposo è di rito greco, e la sposa di rito latino, debba assistervi secondo il volere dello sposo o il parroco latino o il greco. In tali paesi soltanto e non anche negli altri, in cui detta Bolla non venne pubblicata, cessa la libera scelta del parroco, di cui abbiamo detto testè, e quanto all'Impero austriaco in particolare, la Bolla in discorso non può ritenersi applicabile che nelle provincie italiane. Nella Galizia austriaca in ispecie, e nella parocchia greco-cattolica di Santa Barbara in Vienna, esistono, al dire di Dolliner (op. cit., vol. I, § 60, n.° 6), disposizioni del potere secolare le quali confermano espressamente nei matrimonii fra cattolici di diverso rito la libera scelta del parroco dell'uno o dell'altro sposo.

8. In molti paesi nei quali la conclusione dei matrimonii misti non può farsi davanti al parroco acattolico, invalse da tempi remoti la pratica della benedizione nuziale per opera del paroco acattolico, dopochè la dichiarazione del consenso ebbe luogo davanti al parroco cattolico. I Pontefici romani non tardarono a dichiararsi intorno a questa pratica, e vige da gran tempo nella Chiesa cattolica (vedi Kutschker, op. cit., § 305, *passim*) la massima, che è illecito e peccaminoso ricevere la benedizione nuziale da parroco acattolico dopo avvenuta la conchiusione del matrimonio misto davanti al parroco cattolico, e che soltanto si può ripetere la dichiarazione del consenso alla presenza del primo, quando questi intervenga a tale atto semplicemente come ufficiale dello Stato, non come ministro sacro [1]. Nell'Impero Austriaco la pratica in discorso trovasi approvata dall'Ordinanza del Ministero del Culto del 21 gennajo 1850, alla condizione, che prima della ripetizione della dichiarazione del consenso davanti al parroco acattolico, provisi che la medesima avvenne già davanti al parroco cattolico secondo le norme vigenti intorno alla conchiusione dei matrimonii misti. Chi ricordi non ammettersi dalle vigenti leggi austriache alcun officiale dello Stato alla conchiusione dei matrimonii, oltre al parroco competente, non può non avvertire col Kutschker (op. cit., vol. IV, pag. 797) che l'anzidetta Ordinanza ministeriale trovasi in contraddizione colla disciplina della Chiesa cattolica, e che pertanto i parrochi cattolici non possono venire impediti dal dissuadere, secondo i principii del cattolicismo, ogni cattolico contraente matrimonio misto, dal prevalersi della facoltà ivi contenuta.

§ 20.

La dichiarazione del consenso può farsi a mezzo di un procuratore; in tal caso però se ne deve ottenere l'assenso dal Dicastero politico del

[1] *Quatenus minister assistat matrimoniis catholicorum, uti minister politicus, non peccare contrahentes. Si vero assistat ut minister addictus sacris, non licere, et tunc contrahentes peccare mortaliter* (Definizione della *S. Congregatio Officii* del 29 novembre 1672; vedi Benedetto XIV, *De synodo diœcesana*, lib. VI, cap. 3).

Dominio, e rilasciarsi uno speciale mandato, nel quale sia sufficientemente individuata la persona colla quale s'intende contrarre il matrimonio. Se il mandato si revoca prima della conclusione del matrimonio, questo viene bensì con ciò annullato, ma il mandante resta risponsabile pel danno cagionato colla sua revoca.

1. I cattolici, risguardando il matrimonio come un sacramento, ne ripongono tuttavia l'essenza nel contratto, e per questa ragione essi ne riputarono sempre possibile la conclusione per mezzo di procuratore, come quella di ogni altro contratto. Il presente paragrafo è quasi perfettamente identico al § 76 del Codice civile generale, e le tenui differenze che si osservano fra la redazione dell'uno e quella dell'altro provennero dall'essersi adottate pei cattolici nell'argomento della conchiusione del matrimonio per procuratore le massime del diritto canonico, e in ispecie quelle contenute nel § 50 dell'Istruzione. Voglionsi appunto distinguere nel presente paragrafo le disposizioni attinte al diritto canonico, da quelle proprie della legge civile; le prime concernono i requisiti del mandato, e gli effetti della revoca di esso, accaduta prima della conclusione del matrimonio, sul matrimonio medesimo; le seconde concernono l'assenso politico alla costituzione del procuratore, e gli effetti civili della revoca anzidetta. Le prime non rivestono un carattere civile per essere state assunte in questo paragrafo, e la loro forza obbligatoria proviene oggidì unicamente dal diritto matrimoniale canonico; esse non vennero propriamente qui *ricopiate*, se non per servire di occasione e di necessaria premessa alle seconde.

2. I requisiti della procura rilasciata onde conchiudere un matrimonio in altrui nome si riassumono attualmente e nel presente paragrafo e nel § 50 dell'Istruzione nei seguenti: 1.° assenso del Dicastero politico del Dominio (Luogotenenza), e dell'Ordinariato a cui il mandante è sottoposto; 2.° *sufficiente individualizzazione* della persona, con cui il matrimonio vuolsi conchiudere: 3.° riduzione del mandato a scrittura. Affinchè poi la procura, munita di siffatti requisiti, sia efficace, richiedesi 4.° ch'essa non sia stata rivocata prima della conclusione del matrimonio. I requisiti contenuti nei numeri 1, 2 e 4 si trovano espressamente additati dalle leggi civile e canonica; quello contenuto nel numero 3 viene chiaramente presupposto in tutto il tenore del presente paragrafo e del § 50 dell'Istruzione, e specialmente da quanto vi si dice intorno alla sufficiente individualizzazione del lontano conjuge, il qual requisito non può al certo apparire soddisfatto che in un documento scritto. Il § 76 del Codice civile esige espressamente che la procura in discorso venga messa in carta.

3. La richiesta dell'assenso dell'autorità politica e dell'Ordinariato, onde emettere una procura di matrimonio è altamente suggerita dalla facilità con cui sogliono nascere dalle procure in generale spinose quistioni, le quali assumono poi un aspetto particolarmente grave, quando concernono il matrimonio. Per questa ragione non è a dubitarsi che l'assenso in discorso debba essere espresso, non tacito, nè presunto; ciò è anche espressamente ordinato nel § 50 dell'Istruzione riguardo all'assenso dell'Ordinario.

4. La *sufficiente individualizzazione* della persona con cui vuolsi contrarre matrimonio per procura, è requisito meno rigoroso della semplice *individualizzazione*, di cui parla il § 76 del Codice civile generale. Mentre la seconda non può ottenersi che esibendo caratteri immediati ed inseparabili della persona, quali sono: il nome, il cognome, e al caso anche il soprannome, la prima invece può ottenersi eziandio con altri caratteri o rapporti qualunque, appartenenti esclusivamente ad un dato individuo benchè non congiunti strettamente alla sua personalità.

5. Il principio sancito dal diritto canonico, e confermato dalla legge civile in questo paragrafo, che la revoca del mandato di matrimonio prima della conchiusione di quest'ultimo, renda inefficace il mandato e invalido il matrimonio, è contrario a quello che per lo identico caso stabilisce il § 1026 del Codice civile, allorchè il mandato si riferisca coll'acquisto di meri diritti sulle cose. La ragione di questa contrarietà, che impropriamente direbbesi racchiudere una eccezione, si è l'essenziale differenza che passa tra i rapporti giuridici comuni, ed i matrimoniali, e l'inviolabilità del principio che niuno può diventar conjuge contro la propria espressa volontà (*Nuptias consensus facit*).

6. Quali conseguenze abbia la mancanza dei requisiti 1, 2, 3 esposti qui sopra al n.° 2, non è detto nè dalla presente Legge nè dall'Istruzione. Disputano gli inter-

preti del § 76 del Codice civile se l'assenso dell'autorità politica alla conchiusione del matrimonio per procura sia necessario per la validità del matrimonio stesso. L'ugual quistione non può elevarsi, analizzando il presente paragrafo, stantechè la legge civile non può attualmente nell'Impero d'Austria stabilire impedimento di sorta al matrimonio. Noi opiniamo quindi che la mancanza del requisito in discorso della procura di matrimonio non sia che uno dei *divieti matrimoniali* contenuti nella presente legge, la cui inosservanza non può causare altri effetti da quelli generalmente contemplati dal § 55 di questa stessa Legge. La mancanza del 3.° requisito, dell'essere cioè la procura di matrimonio ridotta in iscritto, non può avere a nostro credere alcuna conseguenza a danno del contravventore. Che cosa poi debba conseguitare dalla mancanza del 2.° requisito, cioè della sufficiente individualizzazione del conjuge lontano, tale è una quistione che vuol essere decisa dai tribunali ecclesiastici, e colla sola scorta dei principii di gius canonico, e di cui noi non ci dobbiamo quindi occupare in questo luogo.

7. Spettano pure unicamente ai tribunali ecclesiastici matrimoniali, e sono da sciogliersi coi principii del diritto ecclesiastico, le quistioni intorno alla facoltà del procuratore alla conchiusione del matrimonio di nominare a sè medesimo un sostituto, ed ai modi nei quali il mandato viene a perdere la sua forza dal canto del mandante e da quello del mandatario. La quistione poi agitata fra gl'interpreti del Codice civile, se il § 1024 di questo Codice si applichi anche al mandato di contrarre matrimonio, attualmente non può più sorgere, non avendo essa l'uguale occasione nei principii del gius canonico, laonde, a nostro avviso, fece opera vana il Kutschker (op. cit., vol. IV, pag. 526) dimostrando contro alcuni di quegli interpreti, che siffatta applicazione è inammissibile.

8. Il secondo periodo di questo paragrafo dispone, che se il mandante revochi la procura di matrimonio prima della conclusione di questo, debba egli rispondere del danno cagionato colla sua revoca. L'ugual disposizione contiene il già citato § 76 del Codice civile, ma nè l'uno nè l'altro passo di legge determinano a quali condizioni ed in quale misura la riparazione di quel danno debba avvenire. Di questi due punti si occupano i commentatori del Codice civile, ed alla stessa indagine conduce l' interpretazione del presente paragrafo. Alcuni di quei commentatori (p. es. Stubenrauch, op. cit., ai §§ 75-77, n.° 6, lett. *b*) opinano che ogni determinazione intorno al risarcimento in discorso debbasi desumere senz'altro dal capitolo trentesimo del Codice civile, cioè, più particolarmente, dai §§ 1323-1324, 1331-1332 del medesimo. Questo avviso non può certo seguirsi in base alla presente Legge che da chi supponga non essere identico il caso di quel risarcimento ad alcun altro speciale, già per avventura regolato da essa Legge con norme differenti da quelle racchiuse negli anzidetti paragrafi. Noi opiniamo però che tale supposizione sia erronea, e che la presente Legge renda inutile quel richiamo al Codice civile. Imperocchè avvertiamo con Dolliner (op. cit., vol. I, § 61, n.° 3, con cui concorda Mattei, *I paragrafi del Codice civile*, ecc., al § 76, n.° 7) che la revoca della procura di matrimonio, prima della conchiusione di questo, si risolve in un recesso dagli sponsali, laonde non altre norme possono applicarsi alla responsabilità pel danno nascente dalla prima, da quelle che si applicano alla responsabilità pel danno nascente dal secondo. Pertanto noi siamo d'avviso che delle condizioni e della misura da osservarsi nella riparazione del danno cagionato colla revoca della procura di matrimonio, prima della conchiusione di questo, debbasi decidere unicamente secondo il disposto del § 2 di questa Legge, e le relative nostre annotazioni.

9. Il danno per avventura recato dal mandatario deputato alla conclusione del matrimonio, nell'esercizio del suo incarico, debbesi indubbiamente determinare e riparare secondo il disposto dal Codice civile ai § 1012, 1295, 1323-1324, 1331-1332. Osserviamo pure in questa occasione che le disposizioni del capitolo XXII del Codice civile si applicano in generale anche al mandato per la conchiusione di un matrimonio, tenuto conto però di quanto in particolare dispongono su questo argomento la presente Legge e il diritto matrimoniale canonico, se trattisi di matrimonio di persona cattolica (vedi qui sopra i n.i 6 e 7).

10. Non v'ha dubbio che le disposizioni di questo paragrafo si debbano applicare anche ai matrimonii misti, con questa sola eccezione, che ove la procura per conchiudere un matrimonio misto venga emessa dallo sposo acattolico, non richiedesi per la medesima il previo assenso dell'Ordinariato, di cui parla il § 50 dell'Istru-

zione, non essendo gli acattolici in nulla sottoposti alla giurisdizione dei Vescovi cattolici.

11. Anche ai matrimonii di persone militari e cattoliche è applicabile il disposto del presente paragrafo. Per le medesime però il consenso dell'Autorità secolare all'emissione della procura di matrimonio deve essere impartito non dal Dicastero politico del Dominio, ma dal Comando Superiore dell'Armata, o dal Comando Generale provinciale (Risoluzione Sovrana 24 aprile, n.° 10, lett. *a*).

§ 21.

Se gli sposi non possono produrre la fede battesimale e l' attestato in iscritto della pubblicazione regolarmente seguita, ovvero l'assenso necessario pel loro matrimonio giusta i §§ 5, 6, 7, 8, 10, 11 e 20, come pure se si presenta qualsivoglia impedimento ad un matrimonio lecito e valido, è proibito sotto grave pena al Curato di unire gli sposi finchè non siensi legittimati con tutti gli attestati necessarii, e siano tolte tutte le difficoltà. Il Dicastero politico del Dominio o l'Autorità di circolo (provinciale) d'intelligenza coll'Autorità ecclesiastica possono per gravi motivi e colle debite cautele dispensare dalla produzione della fede battesimale.

1. Il presente paragrafo ha il suo riscontro nel § 78 del Codice civile, e nel § 70 dell'Istruzione. L'osservanza delle sue disposizioni è d'importanza massima per lo Stato, attesochè vano sarebbe lo stabilimento degli impedimenti matrimoniali in genere, e particolarmente di quelli della legge civile, se ai parrochi non fosse imposto serio dovere di non ammettere alla conchiusione del matrimonio coloro pei quali essi potrebbero verificarsi, nè vengano quindi provati come non sussistenti o tolti. Onde assicurarsi che al matrimonio da conchiudersi non ostino impedimenti di sorta, deve il parroco per quegli impedimenti che derivano dalla mancanza di positivi requisiti voluti dalla legge civile o canonica, esigere anzi tutto dalle parti la prova dell'adempimento dei medesimi, e per quegli che hanno fondamento nelle prescrizioni delle leggi ecclesiastiche, siano dirimenti od impedienti, prevalersi di ogni possibile mezzo di conoscerli, sia questo la propria scienza, come consigliere di coscienza degli sposi, o l'ispezione de' documenti prodotti dagli sposi onde legittimarsi, o la denuncia di terze persone, o l'eccezione mossa da persone a ciò autorizzate, quali sono il padre, il tutore, il curatore, ecc. Scoperta l'esistenza di un impedimento dirimente, il parroco deve esigere dalle parti che ne ottengano dispensa, se questa è possibile, oppure se la dispensa non è possibile, o non vien chiesta nè accordata, rifiutarsi a congiungere gli sposi in matrimonio. Se l'impedimento è impediente, oppure è un divieto matrimoniale stabilito dalla legge civile, deve il parroco eccitare le parti a procurarsene la debita dispensa, oppure a desistere dal matrimonio, e se le sue istanze riescano infruttuose, rivolgersi al Vescovo per lume e direzione (vedi Istruzione, § 70).

2. La produzione della fede battesimale ordinata da questo paragrafo non è certamente necessaria allorquando l'età ed origine degli sposi possa rilevarsi dai libri parrocchiali, siccome è dichiarato nell'Istruzione (§ 70). La fede battesimale serve a far conoscere se lo sposo abbia raggiunta o la pubertà (§ 4 di questa Legge), o l'età maggiore (§ 5 di questa Legge), od abbia oltrepassato le prime due classi di coscrizione (vedi le note al § 11 di questa Legge, n.° 3), come pure a farne conoscere l'origine sia nello Stato austriaco, sia fuori di questo, donde argomentare quante e quali fedi di avvenute pubblicazioni si debbano esigere, e talvolta anche quali documenti abbisognino relativi al consenso politico (vedi note al § 11 di questa Legge, n.i 1 e 2). Allorquando la fede di battesimo non torni necessaria che a provare la maggiore età, le si può supplire mediante testimonianza scritta dell'autorità giudiziaria competente sul raggiungimento di tale età, o sulla liberazione dalla podestà patria o tutoria prima di aver toccato il ventiquattresimo anno (§§ 174 e 252 del Codice civile). Che se la maggiore età è per sè manifesta, può certamente ommettersi di esigerne prova mediante la fede battesimale, siccome stabilisce anche espressamente il Codice civile (§ 78). Soltanto allorquando la fede battesimale sia richiesta a sicurezza del parroco, nè sia pos-

sibile allo sposo procacciarsela, può questi ricorrere al rimedio della dispensa dalla produzione della medesima. Di questa dispensa fa cenno il periodo secondo dell'attuale paragrafo. Questo passo di legge, prescrivendo che la dispensa dalla produzione della fede battesimale non possa accordarsi ad uno sposo dall'autorità politica del Dominio o della provincia, che d'accordo coll'autorità ecclesiastica, conferma una relativa disposizione contenuta anche nell'Istruzione (§ 70). Quali poi siano i *gravi motivi* e le *debite cautele*, pei quali e sotto le quali soltanto può accordarsi dispensa dalla produzione della fede battesimale, non ispiega la presente Legge, e forse in questo proposito può ritenersi ancora in vigore, o per lo meno utile guida a seguirsi il contenuto di un Decreto Aulico del 5 dicembre 1826, comunicato a tutti i Capi delle provincie [1]. Questo dispone che la dispensa dalla produzione della fede battesimale possa accordarsi allora soltanto, quando o assolutamente, oppure entro il tempo, oltre il quale non può essere differita la conchiusione del matrimonio, sia impossibile procacciarsi la fede stessa. In questo caso però la dispensa non può concedersi che ove le autorità abbiano ottenuto *con altri mezzi* la piena persuasione intorno a ciò che deve essere provato mediante la fede battesimale, come: nazionalità, età, religione. Quali possano essere questi *altri mezzi* è rimesso al prudente arbitrio del giudice il deciderne, considerate tutte le peculiari circostanze del caso. Aggiunge poi lo stesso Dispaccio, che, pervenuta una domanda di dispensa dalla produzione della fede battesimale ad una autorità inferiore a quella competente ad accordarla, deve la medesima autorità assumere le necessarie informazioni, e poi sottoporre l'oggetto col proprio parere all'autorità superiore. Che se, continua quel Dispaccio, le autorità politiche non possono, mancando la fede battesimale, convincersi della presenza di un requisito di legge al matrimonio, locchè può avverarsi relativamente al requisito della maggiore età, devono le parti essere rimesse alla competente autorità giudiziaria per le proprie operazioni d'ufficio.

3. L'attestato scritto della seguita pubblicazione, prescritto da questo paragrafo, deve essere rilasciato da ciascuno dei parrochi dei luoghi, ne' quali la pubblicazione deve per legge aver avuto luogo. Laonde nei matrimonii misti in particolare deve prima della conchiusione del matrimonio esigersi dalla parte acattolica un documento rilasciato dal proprio pastore intorno alla triplice pubblicazione prescritta nell'oratorio acattolico. Quale debba essere il contenuto dell'attestato della seguita pubblicazione non dicesi in questo paragrafo, ma egli è evidente che in tale attestato devonsi assumere tutti quei dati, che vennero già inscritti nel libro delle pubblicazioni. Un Decreto Aulico del 30 aprile 1789 prescriveva che nell'attestato delle pubblicazioni s'iscrivessero il nome e cognome e la dimora di ambedue gli sposi, la loro religione, il nome e cognome dei loro genitori, la denominazione della chiesa in cui ebbe luogo la pubblicazione, il giorno od i giorni nei quali la pubblicazione fu fatta, e il numero delle volte. A questi dati vuolsi ora aggiungere secondo il diritto canonico anche quello, che nessuno siasi legalmente opposto alla conchiusione del matrimonio, e che niun impedimento sia stato denunziato (Kutschker, op. cit., vol. IV, pag. 72.) L'attestato delle seguite pubblicazioni dicesi anche di solito attestato o fede di *stato libero,* in quanto prova non esistere alcun impedimento al divisato matrimonio; ma nei casi speciali, in cui una delle parti, od ognuna di esse abbia dimorato per tempo notabile in luogo lontano dal paese in cui deesi effettuare il matrimonio, i canonisti sogliono ritener necessaria una seconda fede speciale di stato libero, rilasciata o dalla curia che ha giurisdizione in quel primo luogo, o da quella del luogo della conchiusione del matrimonio, secondo apposite norme (vedi Amati, *Manuale dei parrochi per le spedizioni matrimoniali,* art. VI). Di quest'ultima fede di *stato libero* è fatto cenno nel § 70 dell'Istruzione.

4. Le fedi di battesimo, allorchè provengano da una diocesi diversa da quella in cui deve conchiudersi il matrimonio, devono essere confermate dall'Ordinariato cui è sottoposto il parroco che le emise (Decreto della Camera Aulica del 10 maggio 1820). Lo stesso deve dirsi nell'ugual caso dell'attestato delle seguite pubblicazioni, e delle formali fedi di *stato libero* (Amati, op. cit., art. V).

5. Abbiamo già indicato nelle annotazioni ai §§ 5 e 6 di questa Legge, in qual modo un parroco possa accertarsi dell'ivi prescritto assenso del padre o del giudice al matrimonio di minorenni. Vuolsi qui avvertire con Dolliner (op. cit., vol. I, § 65, n.° 3,

[1] Pubblicato nella Lombardia con Circolare Governativa del 26 gennajo 1827.

lett. *b*) che essendo necessaria al consenso del giudice al matrimonio di un minorenne la previa dichiarazione del tutore (§ 5 di questa Legge), devono i parrochi riguardare come sospetti, o per lo meno come dubbi que' documenti di tale consenso, nei quali non venisse fatta menzione di quella dichiarazione, e quindi ammonire gli sposi perchè rinnovino all'autorità giudiziaria la domanda di documenti più regolari. Quanto all'assenso di cui si parla nei §§ 7 e 8 di questa Legge, vuolsi ritenere che la prova di esso debba farsi mediante documento rilasciato dalle autorità, cui la legge attribuisce il potere d'impartirlo. Se il documento deve essere emesso da autorità forestiera, è necessario che il medesimo porti impresso il sigillo d'ufficio, il quale può bastare, se contro il documento non si elevano speciali argomenti di sospetto (Decreto della Camera Aulica del 21 dicembre 1815). Il consenso al matrimonio dei militari addetti alla milizia vaga, di cui parla il § 10 di questa Legge, deve essere provato al parroco militare mediante il documento che lo contiene, rilasciato dalla competente autorità (vedi le annotazioni al § 10). Questa massima venne particolarmente confermata da Decreto del Ministero della Guerra del 30 settembre 1852 riguardo ai matrimonii di allievi della ora cessata scuola Giuseppina, passati all'Università per la continuazione dei loro studii. E se un parroco secolare ha da congiungere in matrimonio persone, delle quali una appartenga alla milizia stabile, deve anch'egli oltre la fede di battesimo, e l'attestato delle seguite pubblicazioni, oppure oltre la dispensa dalla produzione dell'una e dell'altro esigere il documento di assenso dell'autorità militare, e ciò in virtù dell'attuale paragrafo, e del Decreto del Ministero del Culto del 29 novembre 1853. L'ottenimento del consenso politico, di cui fa cenno il § 11 di questa Legge, deve provarsi al parroco mediante esibizione del documento, che lo contiene, emanato dalla competente autorità politica (vedi le annotazioni al § 11). Il permesso del Dicastero politico del Dominio alla conchiusione d'un matrimonio per procuratore deve essere da quest'ultimo provato del pari col documento che lo contiene, emanato da quella autorità. In questo caso però il parroco deve anche esigere la prova del consenso vescovile a siffatta conclusione di matrimonio (Istruz., § 50). Così pure il consenso vescovile ad un matrimonio condizionato (Istruz., § 55) deve il parroco farsi provare prima della sua conchiusione.

6. Riguardo agli altri impedimenti civili e canonici il proprio accorgimento del parroco gli suggerirà mezzi differenti nei differenti casi onde verificarne l'esistenza. Se questa gli rimane dubbia, egli additerà agli sposi i mezzi opportuni onde renderne certa l'inesistenza. Che se il parroco scopre veramente un impedimento, è suo dovere in pari tempo e il rifiutare agli sposi il congiungimento in matrimonio, e additar loro la via sia per far cessare l'impedimento, se ciò è legalmente possibile, sia per conseguire la necessaria dispensa civile od ecclesiastica.

7. La *grave pena* comminata in questo paragrafo al Curato che congiunga in matrimonio persone non munite dei necessarii documenti, devesi desumere dal § 55 di questa Legge, il quale stabilisce in generale le pene per le contravvenzioni ai divieti di matrimonio in essa contenuti; poichè con siffatto contegno il Curato si fa cooperatore alla contravvenzione al divieto, la cui osservanza dovevasi provare mediante il documento non prodotto, e come tale egli è appunto punibile per espressa disposizione di quel paragrafo (vedansi le annotazioni al § 55).

§ 22.

Chi ha già contratto un matrimonio non può ammettersi a conchiuderne un nuovo prima che sia provato il seguito scioglimento del vincolo matrimoniale. Alla prova che il matrimonio è sciolto per la morte dell'altro conjuge, si può supplire colla dichiarazione di morte.

1. Il principio contenuto nel primo periodo di questo paragrafo non è che la ripetizione e la conferma dell'impedimento canonico, detto del *vincolo*, o del *legame* (vedi Istruz., § 20). Diverso è il tenore di questo passo di legge da quello del § 111 del Codice civile generale, che pur vi corrisponde; mentre quest'ultimo stabilisce in generale, che il matrimonio contratto fra persone cattoliche non si scioglie se non colla morte di uno dei conjugi, il primo invece nient'altro stabilisce in proposito se non che il vincolo del matrimonio cessa, allorquando si possa provarne lo scioglimento; nel che non si restringe più la disposizione ai matrimonii contratti fra soli

cattolici, e non si determinano i modi nei quali questi matrimonii possono essere sciolti. Di queste differenze le ragioni sono: primieramente, che nulla può stabilirsi intorno ai matrimonii contratti fra persone cattoliche, che non si debba dire egualmente dei matrimonii misti, e che non valga per gli uni e per gli altri, qualunque cambiamento sia avvenuto in seguito nella religione dei conjugi (vedi i § 56 e 57 di questa Legge), principio non avuto presente allorchè fu redatto il § 111 del Codice civile generale; in secondo luogo, che, esattamente parlando, non per la sola morte, o per la giudiziale dichiarazione di morte può sciogliersi un valido matrimonio di persona cattolica, ma eziandio per altre cause e in altri modi, dalle leggi ecclesiastiche riconosciuti. Queste cause riduconsi alle quattro seguenti: 1.° lo scioglimento del matrimonio rato, non consumato, mediante la solenne professione religiosa di uno dei conjugi (§ 21); 2.° lo scioglimento del matrimonio rato, non consumato, mediante dispensa pontificia (ibid.); 3.° lo scioglimento del matrimonio, stato o no consumato, fra persone non battezzate, e delle quali una siasi convertita al cattolicismo, dietro il rifiuto della parte rimasta infedele a convivere colla convertita *senza ingiuria del Creatore* (¹) (Istruz., § 23); 4.° lo scioglimento di un matrimonio contratto fra persone cattoliche della chiesa greca unita, per causa di adulterio di uno dei conjugi. Quest'ultimo scioglimento è ancor attualmente praticato nella chiesa greca unita, benchè sotto certe condizioni, non avendo la medesima acconsentito a rinunciarvi nel Concilio di Firenze (Mansi, *Collect. concil.*, tom. XXXI, col. 1042 e 1043), e nemmeno il noto *can.* 7, *de sacr. matr.*, del Concilio di Trento pronunciò propriamente l'anatema contro tale opinione (²). Tutti i suannoverati modi di scioglimento del matrimonio dei cattolici, oltre quello della morte, o della giudiziale dichiarazione di morte, non vengono riconosciuti dal § 111 del Codice civile, ed anzi vi sono implicitamente esclusi, perchè non vi si volle aver riguardo alle prescrizioni delle leggi ecclesiastiche (³); ora però avendo il legislatore austriaco abdicata la podestà di regolare da sè solo il matrimonio dei cattolici, dovette la presente Legge, se non contemplare i medesimi espressamente, lasciarli però sussistere, col non contenere alcuna positiva disposizione intorno ai medesimi.

2. Essendo attualmente possibili nell'Impero d'Austria altri casi di scioglimento del matrimonio di persona cattolica, oltre quello della morte di ambedue i conjugi o di uno di essi, che solo il Codice civile contemplava, sorge spontanea la domanda, con quali massime si dovranno regolare i rapporti civili dei conjugi in tali casi, poichè il Codice civile non le fornisce? Rispondiamo anzi tutto che il bisogno di regole siffatte non esiste veramente che pei tre ultimi fra i casi annoverati nel numero precedente, poichè pel primo di essi espressamente li fornisce il § 58 della presente Legge. Quanto poi a quei tre casi indecisi, noi crediamo che le massime da applicarsi cercar si debbano col sussidio dell'analogia (§ 7 del Codice civile). Il caso dello scioglimento del matrimonio rato non consumato per professione religiosa di uno dei conjugi è giuridicamente analogo a quello dello scioglimento di tale matrimonio per dispensa pontificia, essendo accidentale la causa per cui un matrimonio rato e non consumato venga sciolto, accanto al fatto dello scioglimento. Pertanto ciò che pel secondo caso dispone il § 58 della presente Legge intorno al regolamento dei rapporti giuridici dei conjugi, pare a noi che si possa con buon fondamento applicare anche al primo. Così opina anche il Kutschker (op. cit., vol. I, pag. 288). Così pure il caso di

(¹) *Absque contumelia Creatoris*, come dicono i canonisti.

(²) Noi opiniamo non essere più attualmente sostenibile l'opinione di Dolliner (op. cit., vol. I, § 191), che in forza del Decreto aulico 26 agosto 1814, un conjuge appartenente alla chiesa greca non unita, il quale abbia ottenuto lo scioglimento del proprio matrimonio per causa di adulterio, non possa rimaritarsi con un cattolico della chiesa greca; poichè la nuova legge ha conceduto alla chiesa cattolica, senza distinzione di rito greco e romano, la facoltà di regolare da sè sola gl'impedimenti dirimenti il matrimonio. Crediamo invece che un conjuge di religione greca unita, separato dall'altro conjuge per causa di adulterio, non possa validamente contrarre matrimonio con un cattolico latino, la cui religione non riconosce scioglimento del matrimonio per causa di adulterio. Quest'ultima opinione trovasi confermata nella *Constit. Etsi pastoralis* di Benedetto XIV, e da quanto si legge nell'opera dello stesso Pontefice *De synodo diocesana*, lib. XIII, cap. 22, § 4.

(³) Il Dolliner vorrebbe trovare nel § 136 del Codice civile riconosciuti i principii cattolici intorno alla dissolubilità del matrimonio di un infedele convertito. Ma vuolsi notare che l'adulterio ed il ripudio sono modi di sciogliere un matrimonio, cui la chiesa cattolica romana (della quale soltanto occupasi il Codice civile, come si è veduto nel testo) non concede neppure ad infedeli convertiti, sicchè l'interpretazione del Dolliner non potrebbe veramente convenire che ai casi di conversione di un infedele a qualche religione acattolica, ma anche qui soltanto rispetto all'adulterio, non anche rispetto al ripudio.

una contestazione elevata sulla sussistenza di un matrimonio contratto fra *infedeli*, dopo la conversione di uno dei conjugi al cattolicismo, ha una manifesta analogia con una contestazione elevata sul medesimo soggetto fra due conjugi in origine acattolici, dopo il passaggio di uno di essi al cattolicismo, e del quale trattano i §§ 46 e 47 della presente Legge. Che se in questo secondo caso il citato § 46 dispone che, ove il matrimonio contestato dalla parte convertita rimanga valido secondo il diritto matrimoniale riconosciuto dall'altra, i rapporti di diritto civile dei conjugi debbano regolarsi come se si fosse pronunciato lo scioglimento del matrimonio, verrà questa medesima regola applicata anche al primo, tanto più dacchè in questo caso si tratta di un *reale* scioglimento del matrimonio. Pertanto anche il disposto del § 47 si dovrà trasportare dall'uno dei due casi all'altro. E notiamo in particolare che non può mai darsi che le disposizioni dei due ultimi capoversi del § 47, riconosciute una volta come applicabili anche al caso di scioglimento di matrimonio contratto in origine fra israeliti, dopo la conversione di uno di questi al cattolicismo e secondo il § 25 dell'Istruzione, non vi abbiano ad essere realmente applicate ([1]). Imperocchè, non potendo essere valido motivo allo scioglimento del matrimonio fra gli Ebrei (Codice civile, §§ 133-135) il semplice rifiuto di un conjuge a coabitare coll'altro, e molto meno la cosidetta *ingiuria al Creatore*, la quale non in altro consiste, secondo il diritto canonico, fuorchè nella dimostrata ostilità alla religione cattolica ([2]), nemmeno può mancar mai allo scioglimento in discorso quel requisito dal quale viene fatta dipendere l'applicazione degli anzidetti due capoversi. Finalmente il caso dello scioglimento di un matrimonio contratto fra persone cattoliche di rito greco, per causa di adulterio, non che analogo, è identico a quello dello scioglimento per questo titolo di un matrimonio contratto fra persone acattoliche (Codice civile, § 115); e ciò tanto più dacchè quel primo scioglimento è ora per la prima volta riconosciuto nella legislazione austriaca, derogando al § 111 del Codice civile generale, siccome qui sopra (n.° 1) fu notato. Per conseguenza noi crediamo, che ciò che dal § 1266 del Codice civile può dedursi intorno ai rapporti di diritto civile dei conjugi, nel caso di scioglimento di matrimonio contratto fra persone acattoliche, per causa di adulterio, debba applicarsi eziandio allo scioglimento avvenuto per adulterio di un matrimonio contratto fra persone cattoliche di rito greco.

5. La prova dello scioglimento del precedente matrimonio, necessaria, come dicesi in questo paragrafo, onde conchiuderne un nuovo, debbe essere esibita al parroco davanti al quale il secondo matrimonio si vuol contrarre, siccome può ricavarsi dal complessivo tenore del § 28 di questa Legge, e dal § 70 dell'Istruzione; spetta al parroco decidere secondo i principii del diritto canonico, ed il proprio criterio se la prova sia o non sia sufficiente, e soltanto in caso di dubbio egli è tenuto ad invocare e seguire la decisione del Vescovo (Istruzione, § 70) ([3]). La forma di questa prova è differente secondo i diversi casi di scioglimento superiormente distinti (al n.° 1). Lo scioglimento di un matrimonio rato non consumato, o per la professione religiosa di un conjuge, o per la dispensa pontificia, provasi nel primo caso mediante documento pien provante della competente autorità intorno all'avvenuta professione, e nel secondo mediante esibizione dell'original Breve di dispensa. La prova dello scioglimento del matrimonio contratto fra due infedeli, dopo la conversione di uno di essi al cattolicismo, si risolve in quella delle condizioni dalle quali le leggi ecclesiastiche fanno dipendere tale scioglimento, e propriamente nella prova dell'essersi fatta la cosidetta *interpellatio conjugis infidelis*, voluta dai canoni e dalla pratica della chiesa cattolica (vedi Kutschker, op. cit., vol. I, § 50), e dell'avere il conjuge infedele data risposta: non essere sua intenzione di convivere col conjuge con-

([1]) Non può importar differenza per sè sola la circostanza che pel diritto canonico lo scioglimento di cui parliamo non ha d'uopo di essere pronunciato con sentenza (§ 47 di questa Legge, capov. 1), ma è piuttosto una conseguenza dell'ammissione del convertito a nuovo matrimonio, siccome appare anche dal § 25 dell'Istruzione.

([2]) Come si rileva abbastanza dai seguenti versi nei quali i canonisti hanno raccolto le cause per le quali lo scioglimento in discorso può aver luogo:

Desere spernentem vel blasphemare volentem
Vel te credentem scelus ad mortale trahentem
Nam sunt absque mora sic vincula rupta priora.

([3]) Il quale poi suole delegare il tribunale matrimoniale a ventilare e decidere il caso.

vertito *sine contumelia creatoris et pertractione ad peccatum*. Lo scioglimento del matrimonio di persone cattoliche di rito greco per causa di adulterio provasi davanti al parroco greco [1] mediante esibizione della relativa sentenza pronunciata dal competente tribunale matrimoniale. Finalmente il modo più ordinario di scioglimento, quello per morte, provasi colle ordinarie fedi di morte, siano queste o attestati parrocchiali, o documenti rilasciati da certi pubblici stabilimenti, come, p. es., dagli ospedali sulla morte degli ammalati ivi ricoverati, o dalle autorità criminali sulla morte dei delinquenti condannati a pena capitale (Dolliner, op. cit., vol. I, pag. 231). Ma le fedi mortuarie pien provanti non sempre si hanno, e in questo caso tornano evidentemente necessarii surrogati alle medesime; di questi surrogati occupasi appunto il secondo periodo dell'attuale paragrafo.

4. Il periodo secondo dell'attuale paragrafo disponendo che alla prova che il matrimonio è sciolto per la morte dell'altro conjuge si può supplire colla dichiarazione di morte, nè specificando i mezzi onde quella prova può essere ottenuta, viene evidentemente a significare: che mancando la fede mortuaria, la morte può essere provata con *ogni altro attendibile mezzo*, e, soltanto quando ciò torni impossibile, si può ricorrere alla dichiarazione di morte. Dell'attendibilità di un mezzo di prova spetta poi decidere al parroco avanti a cui il matrimonio deve concludersi, ed al quale quel mezzo vuol essere esibito, siccome abbiamo avvertito nel numero precedente. Cotale disposizione non può desumersi dalla legislazione civile generale, in cui non si riconosce altro surrogato alla fede mortuaria che la prova testimoniale regolata da Sovrana Risoluzion 18 novembre 1826 [2], oppure la dichiarazione di morte, regolata dai §§ 112-114 del Codice civile. Dessa invece è pienamente conforme al diritto canonico, l'adozione del quale ne fu appunto la causa, a cagione dell'ammessa competenza dei parrochi a giudicare secondo i principii canonici della sufficienza dell'esibita prova di morte. Infatti il § 246 dell'Istruzione dichiara doversi le prove tendenti a stabilire la morale certezza della morte trattare colla massima cautela, e non mai respingersi assolutamente. E i canonisti, appoggiandosi al *cap. in præsentia*, 19 *de sponsal.*, ed al *cap. Dominus* 2, *de secundis nuptiis*, non istabiliscono intorno alla prova della morte massime generali e rigorose, ma piuttosto accordano molta varietà di provvedimenti, secondo le circostanze dei singoli casi attentamente ponderate. Inoltre, la Congregazione del S. Ufficio, in una sua Istruzione del 25 dicembre 1827, approvata dal Pontefice e diramata a tutti i Vescovi, dichiarò in tale argomento: *si testimonia haberi non possunt, S. Congregatio non intendit excludere alias probationes, quæ de jure communi possunt admitti, dummodo sint legitimæ et sufficientes*.

5. In conseguenza della suddetta adozione dei principii del diritto canonico cattolico intorno alla prova della morte necessaria onde contrare un nuovo matrimonio, importanti modificazioni vengono apportate a ciò che la legislazione civile generale dispone in tale argomento. Anzi tutto la summentovata Sovrana Risoluzione 18 novembre 1826 non può più ritenersi applicabile oggidì alla prova della morte di persone cattoliche, mentre la prova testimoniale ivi contemplata deve attualmente, siccome abbiamo sotto il numero precedente osservato, esibirsi ai parrochi davanti ai quali il secondo matrimonio deve contrarsi, e da essi giudicarsi liberamente; ed eziandio il § 246 dell'Istruzione non dice doversi richiedere l'autorità civile per la prova della morte, che ove manchino intorno alla medesima documenti o deposizioni testimoniali [3]. Oltracciò la stessa dichiarazione di morte in servigio di un nuovo matrimonio, ed affidata ai tribunali dello Stato, vuolsi riguardare in questa Legge da un punto di vista affatto diverso da quello in cui la si deve nel Codice civile generale. Secondo questo Codice la dichiarazione di morte deve cercarsi da chiunque sappia di non poter provare la morte colla deposizione di testimonii, oppure non sia in quest'ultima prova riuscito. Secondo la presente Legge, al contrario, potendosi provar la morte davanti ai parrochi anche con altri mezzi di prova oltre le testimonianze, egli è

[1] Vedi la nota 2 a pag. 76.

[2] Pubblicata nel regno Lombardo-Veneto con Notificazione del Governo di Venezia 14 maggio 1827, e di quello di Milano 22 maggio 1827.

[3] Gli argomenti che si potrebbero addurre a sostegno dell'opinione contraria a questa sono esposti dal dottor Maro nel suo lavoro: *La sfera di attribuzione dei giudizii civili in affari matrimoniali dei cattolici, dopo il* 31 *dicembre* 1856 (Gazzetta dei Tribunali di Milano, 1857, pag. 449), ma sono manifestamente insufficienti contro quelli da noi esibiti.

certo che nessuno invocherà dall'autorità civile la dichiarazione di morte, atto che va necessariamente congiunto con dispendio di tempo, difficoltà ed incommodi del petente, senza essere certo di non potere esperire davanti al parroco nè la prova testimoniale, nè alcun'altra prova ammessa dal diritto canonico, o senza aver ricevuto dal parroco stesso quell'ammonizione di cui l'Istruzione fa cenno (§ 246), di adire cioè l'autorità civile per ottenere quella dichiarazione. Inoltre vuolsi avvertire, che mentre secondo il Codice civile la dichiarazione di morte di un conjuge necessaria al passaggio dell'altro conjuge alle seconde nozze, è un atto dell'autorità giudiziaria civile, alla quale appartiene eziandio il permettere quel passaggio, in questa Legge invece ella è un atto dell'autorità giudiziaria civile in servigio dai parrochi, o in generale dell'autorità ecclesiastica, cui sola propriamente si aspetta pronunciare quella permissione.

6. La dichiarazione di morte di cui parla il periodo secondo di questo paragrafo e trattano i paragrafi successivi 24-27, è contemplata come si ebbe già occasione di avvertire, anche dal Codice civile (§§ 112-114), e regolata da questo, e dalla posterior legge sul processo nelle controversie matrimoniali pubblicata in Lombardia dalla Notificazione governativa 31 luglio 1819 con principii e norme quasi tutte identiche alle attuali, fatta sola eccezione per quelle che concernono la procedura nelle istanze superiori, e la relazione dell'autorità civile coll'ecclesiastica in tutte le istanze. Esamineremo altrove qual vigore debbasi attribuire oggidì all'anzidetta legge 31 luglio 1819 in relazione alla dichiarazione di morte previa ad un nuovo matrimonio di persona cattolica. Qui intanto giova avvertire, che l'istituto della dichiarazione di morte, ammesso e regolato dal Codice civile, è perfettamente sconosciuto al diritto canonico. Distingue però il Codice civile [1] due specie di dichiarazioni di morte, l'una applicabile in tutti i casi in cui la prova, altrimenti impossibile, della morte di una determinata persona è condizione necessaria pel conseguimento o per l'esercizio di diritti civili estranei a rapporti matrimoniali, detta perciò dagli interpreti *comune*, l'altra (§§ 24 e 112-114 del Codice civile), le cui norme contengonsi ora pei cattolici nella nuova legge matrimoniale civile [2], particolarmente applicabile allorchè non si possa esibire la prova della morte del proprio conjuge necessaria alla conchiusione di un nuovo matrimonio, detta dichiarazione *solenne* [3]. La differenza tra l'una e l'altra risiede nella natura dei loro requisiti e mezzi, volendosene meno e con minor rigore nella prima che nella seconda [4]. Fra la dichiarazione di morte solenne regolata dal Codice civile, e la medesima regolata nella nuova legge matrimoniale non esistono altre differenze, che queste: che la domanda per cui si introduce la prima tende insieme alla dichiarazione del conjuge assente come morto, e del matrimonio precedente come sciolto (Codice civile, § 112), mentre quella con cui introducesi la seconda intende alla sola dichiarazione di morte propriamente detta (§ 23 di questa Legge); e che mentre nella procedura relativa alla prima ha luogo l'intervento di un difensore del matrimonio nel periodo di trattazione (Notificazione Governativa Lombarda 31 luglio 1819, § 13, confrontata coi §§ 14 e 17), in quella invece relativa alla seconda questo intervento non ha luogo (vedi il § 25 di questa Legge). Delle quali due differenze le ragioni sono: per la prima, che ogni decisione intorno allo scioglimento di un matrimonio di persona cattolica spetta ora alla sola autorità ecclesiastica, e per la seconda, che il difensore del matrimonio nella trattazione della causa di dichiarazione di morte di un conjuge catto-

[1] Contro questa duplice dichiarazione di morte muove il Dolliner gravi obbiezioni teoriche. Vedi la più volte citata sua opera, al § 223.

[2] Le norme del Codice civile intorno a questa dichiarazione rimangono sempre applicabili al matrimonio conchiuso fra acattolici ed a quello fra ebrei.

[3] La prova della morte *per testimonii* regolata dalla Risoluzione Sovrana 18 novembre 1826, era applicabile onde far valere *qualunque* sorta di diritti condizionati alla morte di alcuno, e tale essa è ancora per gli ebrei e gli acattolici. I cattolici non se ne possono più giovare che al conseguimento di diritti diversi da quello di conchiudere un matrimonio.

[4] La dichiarazione di morte, *comune*, venne primamente regolata in Austria da Decreto Aulico 2 gennajo 1789, al quale tenne dietro con disposizioni consimili il Decreto Aulico 28 dicembre 1791. Poscia essa apparve regolata nel Codice galliziano (§§ 45-47, 264-265) con norme sostanzialmente analoghe e quelle contenute nel Codice civile generale. — La dichiarazione di morte, *solenne*, fu primamente regolata da Decreto Aulico 22 luglio 1803, le cui disposizioni vennero accomodate ai militari da successivo Decreto Aulico 4 dicembre 1803. Le medesime disposizioni vennero in seguito modificate nella Patente matrimoniale (§§ 62-64) 13 aprile 1808 pel Salisburgo, dalla quale passarono finalmente nel Codice civile generale.

lico forma ora parte del Tribunale ecclesiastico chiamato a cooperare al civile in quella dichiarazione stessa (vedi il § 25 di questa Legge, e il § 247 dell'Istruzione).

7. Tre principii fondamentali presiedono alla teoria della dichiarazione di morte in generale, e i quali si vogliono aver presenti nel discutere e decidere le relative quistioni. L'uno si è che la dichiarazione di morte, come risulta dal § 25 di questa Legge, non può mai intraprendersi d'ufficio, ma sempre sopra domanda del conjuge apparentemente superstite. Il secondo principio si è, che il giorno in cui la dichiarazione di morte passa in giudicato, si considera in diritto come il giorno della morte dell'assente (Codice civile, § 278). Quest'ultimo principio è di pratica importanza relativamente agli effetti civili dello scioglimento di matrimonio che va congiunto alla solenne dichiarazione di morte. Il terzo principio adombrato nel periodo secondo dell'attuale paragrafo, si è: che la dichiarazione di morte del conjuge assente non è già una vera prova, ma soltanto un surrogato di questa, e non stabilisce altro che una mera presunzione, non *juris et de jure*, ma semplicemente *hominis* (vedi Kustehker, op. cit., vol. I, pag. 258-59). Contro di essa può sempre esibirsi la prova che il conjuge dichiarato morto esistesse all'epoca della conchiusione del secondo matrimonio, ed effetto di tal prova si è, che questo secondo matrimonio debba ritenersi come invalido nella sua origine [1]. Quali effetti poi conseguitino a questa invalidità del matrimonio relativamente ai conjugi stessi, uno almeno dei quali sia cattolico, non è della presente Legge lo stabilirlo, ma della canonica, e vuolsi chiarire nell'interpretazione dell'Istruzione; quali ne conseguitino relativamente ai figli noi esamineremo, interpretando il § 50 di questa Legge.

8. La dichiarazione di morte di cui trattasi nel presente paragrafo, e nei successivi applicasi ugualmente nei matrimonii conchiusi fra soli cattolici e nei misti [1]. Pei militari la dichiarazione di morte allo scopo di contrarre nuovo matrimonio è retta da norme speciali, che noi esporremo al fine dalle nostre annotazioni a quelle stabilite dalla presente Legge per le persone dello stato civile.

§ 23.

Se un conjuge rimane assente durante il tempo stabilito dal § 24 del Codice civile, ed all'assenza si associano tali circostanze che tolgano ogni fondamento di dubbio sulla di lui morte, il conjuge rimasto può promuovere avanti al Tribunale provinciale, nel cui circondario egli ha il suo domicilio, la domanda, affinchè, allo scopo di contrar nuovo matrimonio, sia dichiarato dovere l'assente ritenersi per morto.

1. Il foro civile competente ad incamminare la procedura per la *solenne* dichiarazione di morte era già stato stabilito dalle Norme di Giurisdizione e in particolare da quella emanata pel regno Lombardo-Veneto del 20 novembre 1852 (§ 85) nel Tribunale provinciale nel cui circondario il conjuge superstite ha il suo domicilio. Questa medesima disposizione trovasi ripetuta nel presente paragrafo.

2. Due sono le prove che si devono fornire da chi domandi la *solenne* dichiarazione di morte: 1.° l'assenza del conjuge creduto morto, continuata per tutto il tempo stabilito in generale dal § 24 del Codice civile; 2.° il concorso di tali circostanze di questa assenza, che non rimanga alcun motivo di dubitare che quel conjuge sia realmente morto. Nel prescrivere questi due requisiti il presente paragrafo concorda perfettamente col Codice civile generale (§ 112), in cui il primo requisito si vuole del pari nella *comune* dichiarazione di morte e nella *solenne*, ed il secondo è proprio unicamente di quest'ultima. La necessità del secondo requisito suol essere nella pratica interpretata in modo assai ristretto e rigoroso, cosicchè fu più volte deciso che la minima inverosimiglianza che l'assente si trovi in vita opponesi alla dichiarazione di sua morte, e quindi allo scioglimento del suo matrimonio (vedi Mattei, *I paragrafi del Codice civile*, ecc., vol. I, pag. 580).

3. Il § 24 del Codice civile che vien qui citato, è del seguente tenore. « Nel dubbio, se taluno assente o mancante sia ancora in vita o no, si presumerà la sua morte

[1] La relativa dichiarazione d'invalidità spetta ora al Tribunale matrimoniale, che deve procedere d'ufficio (Istruzione, § 112). Per altro incomberebbe anche alle autorità giudiziarie civili, cui fosse noto un caso di avviarla, di renderlo noto a quel Tribunale.

soltanto nelle seguenti circostanze: 1.° quando dalla sua nascita in poi sia trascorso un periodo di ottant'anni, e da dieci anni si ignori il luogo di sua dimora; 2.° quando, senza riguardo al tempo decorso dalla sua nascita, rimane ignoto per trent'anni compiuti; 3.° quando egli, essendo stato gravemente ferito in guerra, od essendosi trovato a bordo di un bastimento nel tempo di suo naufragio, oppure in qualche altro imminente pericolo di morte, e contando da quell'epoca manchi per tre anni. » Allorchè l'una o l'altra di queste tre circostanze venga provata, il primo requisito della *solenne* dichiarazione di morte è soddisfatto.

4. Il passo del Codice civile testè riportato è abbastanza chiaro per sè medesimo. Vuolsi notare al n.° 1 di esso che l'intervallo dei 10 anni, di cui vi si discorre, deve naturalmente essere computato dall'epoca in cui si seppe per la prima volta l'assenza del conjuge, senza conoscere insieme il luogo di sua dimora. Quanto agli anni 30, di cui dicesi al n.° 2, anche questi si devono computare da quando si cessò di conoscere il luogo di dimora dell'assente, cosicchè se duranti i 30 anni si fosse saputo una volta questo luogo, il computo dei 30 anni potrebbesi cominciare soltanto dal tempo in cui si ebbe l'ultima notizia del medesimo. Quali possano essere poi gli imminenti pericoli di morte, di cui si discorre al n.° 3, non può determinarsi completamente in astratto. Come esempi si possono dare, oltre quelli esibiti dalla legge, inondazioni, incendii, terremoti, valanghe, scoscendimenti, esplosioni di magazzini di materie fulminanti, scoppii di caldaje su battelli a vapore, cadute nell'acqua senza rinvenimento del corpo, aggressioni di malandrini, e molti altri. Egli è però sempre indispensabile che il pericolo della vita sia stato imminente o, a meglio dire, vicino (*nahe gefahr*); laonde una lieve ferita in guerra, o la presenza su di una nave durante una pericolosa burrasca, senza altre gravi circostanze, od anche su di una nave che realmente naufragò, ma non precisamente nel tempo dell' avvenuto naufragio, non basterebbero a fondare la presunzione della morte (Dolliner, op. cit., vol. IV, § 197; Kutschker, op. cit., vol. I, pag. 237).

5. Le circostanze costituenti il secondo requisito della domanda di *solenne* dichiarazione di morte (vedi sopra n.° 2) devono essere tali, che congiunte con una delle circostanze del § 24 del Codice civile, possano procurare al giudice il soggettivo convincimento della morte del conjuge assente. Quali sieno siffatte circostanze il presente paragrafo rimette implicitamente al giudice determinarlo. Noi ne porgeremo alcuni esempi, esposti dal Dolliner (luogo. cit., § 198, copiato letteralmente da Kutschker, op. cit., vol. I, pag. 238-39) che sono molto plausibili. Non avrà certo il giudice alcun motivo di dubitare della morte del conjuge assente, ove riguardo al medesimo concorrano, in quanto è possibile, le circostanze di due dei casi citati nel § 24 del Codice civile, siano quelle del primo con quelle del secondo o del terzo, o siano quelle di uno di questi due con quelle dell'altro. Così pure, verificandosi le circostanze del primo o del secondo caso del § 24 del Codice civile, contribuirebbe non poco al convincimento del giudice la circostanza che un testimonio classico, cui era conosciuto l'assente, e che si trovò con lui più volte in un luogo lontano, deponesse di aver veduto il medesimo, defunto, oppure il di lui nome iscritto nel registro mortuario del luogo, senza averlo più in seguito incontrato; o che una intiera comunità testimoniasse, essere stata nel tempo dal quale non si ebbero più notizie dell' assente, trovata morta nel suo distretto una persona, i cui descritti caratteri convengono perfettamente a quello; oppure, intorno al tempo dal quale cessarono le notizie, aver dominato una malattia contagiosa e mietute molte vittime, delle quali tutte non si rilevò il nome, nel luogo in cui l'assente avea da ultimo soggiornato. Nel terzo caso sarebbe di peso la circostanza che era allora impossibile un pronto soccorso ai feriti in guerra; che la cavalleria nemica calpestò il luogo in cui l' assente giaceva ferito, che il nemico vincitore abbandonò alla sorte i caduti sul campo di battaglia, o che l'assente fu durante il naufragio visto da coloro che si poterono salvare, lottante colle onde, o avvinghiato ad una tavola chieder soccorso, che non gli potè venir recato, ecc. Anche le qualità corporali o morali, o le personali relazioni del conjuge mancante potrebbero accrescere di molto la probabilità di sua morte. Come se quegli fosse andato soggetto di frequente a malattie acute, o si trovasse già affetto, al tempo di sua partenza, da morbo cronico, o si fosse mai sempre addimostrato uomo audace, facile ad esporsi ai più patenti pericoli, o melanconico e proclive al suicidio, od avesse dato prove di affezioni famigliari molto sentite, oppure, e per gli averi lasciati in patria, e per le sue relazioni di famiglia non gli si potesse ragio-

nevolmente attribuire il proposito di assentarsi per sempre da casa sua e di volersi far dimenticare dai suoi. Osserva poi il Dolliner (ibid.) in generale, che nel raccogliere il convincimento della morte dell'assente il giudice non deve essere soverchiamente accessibile al dubbio, onde non richieda più di quello che valga la stessa prova mediante fede mortuaria, la quale pure non toglie assolutamente ogni dubbio sull'identità, specialmente allorchè provenga da lontani paesi.

6. Come abbiamo notato qui sopra al n.° 2, i requisiti della domanda di *solenne* dichiarazione di morte debbono essere provati; ciò equivale al dire che devesi esibir prova di tutte le circostanze, il cui concorso crede il petente che indurranno nel giudice il convincimento dell'avvenuta morte, siano esse contemplate dal § 24 del Codice civile, od altre sieno. I mezzi di tal prova possono consistere ordinariamente soltanto in documenti o testimonianze; e quanto alle circostanze concorrenti con quelle del § 24 del Codice civile, la prova è di sua natura più facile ad ottenersi mediante testimonianze che mediante documenti, benchè qualche volta anche questi possano giovare, come quando si produca, p. es., una lettera lasciata dall'assente, nella quale sia espresso il proposito di suicidio. La prova che l'assente raggiunse l'età di 80 anni compiuti si ottiene producendone la fede di battesimo; quella dell'assenza, o dell'ignota dimora per l'intervallo di legge di 10, 30, o 3 anni, si ottiene di regola mediante testimonianza dell'autorità politica, emessa dietro esame degli attinenti, amici, o conoscenti del mancante (Dolliner, op. cit., § 199).

7. Dovendo il giudice, come dimostreremo più sotto (annotaz. al § 25, n.° 4), attenersi nella procedura per solenne dichiarazione di morte alle norme stabilite in generale dalla Legge 30 luglio 1819 per la procedura nelle controversie matrimoniali, non v'ha dubbio che sia dover suo, giusta i §§ 21 e 22 del vegliante Regolamento del processo civile, a cui quella Legge si richiama, dopo presentata la domanda di dichiarazione di morte, chiamare il petente davanti a sè e adoperarsi perchè il medesimo non soffra danno nel suo diritto per difetto di formalità, nè gli nuoca la incapacità di chiaramente esporre il fatto e le prove. Egli lo istruirà pertanto quali appoggi manchino ancora alla sua domanda, perchè venga esaudita. Che se la domanda viene meglio istruita, o il petente non può essere indotto a ritrarla come infondata, o se fin da principio la domanda apparve essere bene appoggiata, il giudice deve avviare la procedura prescritta per la *solenne* dichiarazione di morte.

§ 24.

Sopra questa domanda si deputa un curatore per rintracciare l'assente, e quest'ultimo viene citato mediante editto, coll'aggiunta che se entro il tempo prefisso egli non compare o non fa pervenire in altro modo a notizia del Giudizio la sua esistenza, il Giudizio stesso passerà alla dichiarazione di morte.

L'editto porrà il termine di un intero anno, e verrà inserito almeno per tre volte nei fogli pubblici nazionali e secondo le circostanze anche negli esteri.

1. Questo paragrafo e i successivi §§ 25-27 occupansi della procedura da incamminarsi nella *solenne* dichiarazione di morte. Il § 24 tratta di due provvedimenti, che spetta al giudice civile di tosto assumere, dopo che gli fu presentata la domanda di tale dichiarazione. Questi provvedimenti sono: 1.° la deputazione di un curatore per rintracciare l'assente; 2.° la pubblicazione di un editto di citazione dell'assente, con un'analoga comminatoria. Identiche disposizioni riscontrasi nel § 113 del Codice civile.

2. Domandano gl'interpreti del § 113 del Codice civile, e questa domanda si fa anche il Kutschker in occasione del presente paragrafo, se la deputazione del curatore all'assente nelle dichiarazioni di morte debba farsi anche allorchè l'assente sia sottoposto alla podestà patria o tutoria, oppure si abbia già costituito egli stesso un procuratore a motivo del suo allontanamento? È comune opinione di quei giureconsulti, e manifestamente ben fondata, che sì nell'uno che nell'altro di tali casi la deputazione del curatore all'assente debba farsi onde procedere alla dichiarazione di morte. Imperocchè tanto il § 113 del Codice civile, quanto il § 24 della presente Legge esigono la deputazione del curatore incondizionatamente. Oltracciò il

curatore deputato nelle dichiarazioni di morte non vien dato soltanto alla persona dell'assente, ma egli è eziandio un curatore *ad actum*, un curatore speciale il quale non può quindi venir surrogato da altro. Tuttavia convengono a ragione i medesimi giureconsulti, che, se al Tribunale è conosciuto un procuratore lasciato dall'assente, al medesimo preferibilmente debbesi affidare eziandio l'incarico di curatore *ad actum* onde possibilmente rintracciarlo (vedi Dolliner, op. cit., § 201, n.° 2; Stubenrauch, op. cit., ai §§ 112-114 del Codice civile, n.° 5; Kutschker, op. cit., vol. I, pag. 241.

3. Domandansi pure gli interpreti del Codice civile, se la deputazione del curatore all'assente e la citazione edittale di quest'ultimo nella procedura di *solenne* dichiarazione di morte siano sempre indispensabili, e se, in particolare, le medesime possano ommettersi, allorquando siano state già fatte senza alcun risultato in una procedura di *comune* dichiarazione di morte dello stesso assente, per la quale pure quelle vengono dal Codice civile (§ 277) dichiarate necessarie? Buone ragioni fecero seguire comunemente l'opinione che alla dichiarazione *solenne* di morte debba sempre precorrere tanto la deputazione di un curatore per rintracciare il conjuge assente, quanto la citazione edittale di quest'ultimo, e che l'una e l'altra siano necessarie eziandio nel suddetto caso particolare. Anzi tutto il tenore della prescrizione contenuta nel § 115 del Codice civile è incondizionato; poscia vuolsi riflettere con Dolliner (op. cit., § 202, al n.° 2) che se in qualche caso il non aver dato notizie di sè, mentre trattavasi di conservare diritti di eredità, od altri, degni soltanto di una stima materiale, dovesse trar seco la perdita anche dei diritti conjugali d'indole affatto diversa da quelli, gli effetti della *comune* dichiarazione di morte diverrebbero maggiori di quello che dovriano essere giusta il contenuto della relativa edittale citazione ([1]). La medesima opinione e per le stesse ragioni deve ammettersi in virtù dell' attuale paragrafo, il cui contenuto, come già si è notato, coincide perfettamente con quello del § 115 del Codice civile. Così pensa anche il Kutschker (op. cit., vol. I, pag. 242). Ed inoltre noi facciamo osservare, che, essendo in generale nella procedura di dichiarazione di morte sia la deputazione del curatore all'assente, che la citazione edittale di questo, e specialmente la prima, anche mezzi di prevenire falsità nella prova incombente a chi domanda la dichiarazione stessa, e di meglio ventilare e discutere tale prova (vedi num. seg.), quei due provvedimenti si rendono peculiarmente ed immancabilmente necessarii nella *solenne* dichiarazione di morte, per ciò che il conjuge che la richiede, deve provare nuove e molteplici circostanze, dalla legge non richieste per la dichiarazione di morte *comune*. Se peraltro si desse caso in cui fosse contemporaneamente incamminato presso lo stesso Tribunale, e contro lo stesso assente una dichiarazione di morte *comune*, ed una *solenne*, sarebbe irragionevole il non fare una sola citazione accomodata ad ambedue le dichiarazioni.

4. Il curatore deputato, dovendo giusta il disposto di questo paragrafo adoperarsi a rintracciare l'assente, s'informerà presso tutte le persone che si trovarono coll'assente in qualsiasi rapporto, o che presumibilmente potrebbero averne notizia, intorno al di lui soggiorno, alla sua vita o morte, ed alla verità di tutte le circostanze allegate nella domanda della dichiarazione di morte, ed all' attendibilità delle prove fornitene, ma principalmente indagherà se l'assente durante i 30, 10, o 3 anni di sua assenza, richiesti alla dichiarazione di morte secondo la differenza dei casi, non abbia fatto mai sapere nulla di sè, o da qual tempo ne siano cessate totalmente le notizie. Il risultato delle fatte indagini non deve essere comunicato al difensore del matrimonio che coopera alla revisione ecclesiastica della sentenza civile sulla dichiarazione di morte (Istruz. § 247), la quale comunicazione è suggerita fra il curatore e il difensore del matrimonio da parecchi interpreti del Codice civile (vedi Dolliner, op. cit., § 207, n.° 2; Stubenrauch, op. cit., ai §§ 112-114 Codice civile generale, n.° 7); imperocchè il tribunal civile che nomina il curatore è affatto indipendente dal tribunale ecclesiastico che nomina il difensore del matrimonio, e inoltre la nomina di quest' ultimo è sempre posteriore all'emanata sentenza civile sulla dichiarazione di morte, nè può quindi essere contemporanea a quella del curatore, come può essere invece, secondo il Dolliner (ibid., n.° 2) nell'applicazione del § 115 del Codice civile.

([1]) Però è da sapersi che la comminatoria solita ad inserirsi negli editti che si pubblicano per le *solenni* dichiarazioni di morte fu ritenuta *non indispensabile* in un Decreto del Senato Lombardo-Veneto 27 settembre 1829, notificato coll'Aulico Decreto 5 ottobre 1830.

5. L'inserzione dell'editto nei giornali forestieri vuolsi fare mediante requisitoria delle autorità austriache alle autorità forestiere, seguendo in ciò le norme generali contenute nella Sovrana Risoluzione 11 maggio 1818, e le speciali disposizioni relative alla corrispondenza con autorità estere di singoli Stati. Quando non siavi altra via per ottenere tale inserzione, che la diplomatica, i tribunali austriaci si rivolgeranno a tale scopo alle Ambasciate od ai Consolati austriaci all'estero, giusta quanto prescrissero in proposito il Decreto 14 ottobre 1850 del Ministero della Giustizia, e l'Ordinanza 7 ottobre 1854 dello stesso Ministero (¹) (vedi Sonzogno, *Manuale del processo civile austriaco*, annotazione al § 498 del Regol. del proc. civ.).

6. La spesa per la stampa degli editti deve in ogni caso essere prontamente soddisfatta dalla parte stessa che la domanda (Decreto della Camera Aulica del 19 novembre 1818, § 3, diramato a tutti i Tribunali d'Appello con Decreto Aulico 23 ottobre 1819). Se gli editti devonsi pubblicare nella Gazzetta di Vienna, devono le autorità giudiziarie esigere dalla parte l'importo della relativa spesa, e poscia effettuare il pagamento a mezzo della posta, od ammonire la parte che lo operi da sè, o vi deleghi una persona od una casa mercantile esistente in Vienna (Decreto della Camera Aulica del 22 settembre 1819). Soltanto nei casi in cui le parti non possano pagare l'inserzione nè da sè, nè col mezzo di rappresentanti in Vienna, il necessario importo deve essere anticipato dalla Cassa di Finanza in Vienna (Decreto della Camera Aulica del 22 settembre 1819, § 3). Allorquando l'inserzione degli editti nelle gazzette estere è richiesta da individui sprovveduti di mezzi, nè può ottenersi l'inserzione gratuitamente, nemmeno *erga reciprocum*, la relativa spesa può essere supplita col fondo camerale delle tasse; ma, caso occorrendo, devesi procurare di comprendere parecchi di tali individui in una unica citazione, a diminuzione di spese (Decreto Aulico 27 agosto 1817, riportato al n.° 24 dell'Appendice al Codice civile per l'Ungheria, e al n.° 21 dell'Appendice al Codice civile per la Transilvania).

§ 25.

Scorso infruttuosamente questo termine, il Giudizio, sulla rinnovazione d'istanza per parte del conjuge rimasto, decide a procedura compiuta, se la domanda debba o no essere assecondata. La decisione viene rassegnata al Tribunale d'Appello, il quale comunica gli atti al Vescovo della diocesi in cui l'istante ha il suo domicilio.

Se tanto la prima Istanza che il Tribunale d'Appello pronunciano contro la dichiarazione di morte, ed il Vescovo si dichiara aderente a tale giudicato, l'istanza dev'essere respinta.

Contro questa decisione non è ammesso ulteriore ricorso.

1. Soltanto dopo trascorso infruttuosamente l'anno entro il quale il conjuge assente venne citato a comparire, si incammina presso il Tribunale provinciale la procedura di dichiarazione di morte propriamente detta, in seguito a nuova domanda del conjuge rimasto. Se durante l'anno l'assente diede al Tribunale notizia di sua esistenza, questo retrocederà la domanda per la dichiarazione di morte, accennandone quel motivo nel relativo decreto.

2. La nuova domanda del conjuge rimasto, dopo il trascorrimento dell'anno edittale, ha per oggetto ancora la dichiarazione di morte del conjuge assente. Ad essa voglionsi allegare e la prima domanda e i tre fogli di gazzetta nei quali venne inserita la citazione dell'assente, e in particolare anche i fogli di gazzette estere, quando ciò sia del caso. Se posteriormente alla prima domanda il conjuge rimasto potè raccogliere nuovi amminicoli probatorii intorno alla morte dell'assente, anche questi egli deve esporre nella nuova domanda.

3. Il § 114 del Codice civile, che al presente paragrafo corrisponde, ordina che dopo la presentazione della nuova domanda del conjuge rimasto, debba il Tribunale deputare l'Uffizio Fiscale (²) od altra persona intelligente e proba alla difesa del ma-

(¹) È richiesto l'idioma tedesco negli editti che si hanno a pubblicare nelle Gazzette di Pietroburgo e di Wilna, giusta il prescritto delle Circolari d'Appello del 21 gennajo 1817 e del 29 aprile 1829.

(²) In virtù dell'Ordinanza Ministeriale 28 ottobre 1852, nei casi in cui sia ancora applicabile il § 114 del Codice civile, non si delega più l'Ufficio Fiscale, ma soltanto una persona intelligente e proba alla difesa del matrimonio.

trimonio. Analoga disposizione non si legge del pari nell'attuale paragrafo. La ragione si è che, venendo oggidì, come leggesi in questo medesimo paragrafo, ogni sentenza del foro civile in oggetto di solenne dichiarazione di morte comunicata all'Ordinariato prima della sua pubblicazione, quel difensore del matrimonio viene appunto nominato dal Vescovo, onde prender parte alla decisione del Tribunale matrimoniale sulla comunicata sentenza civile (vedi Istruz., §§ 124, 247).

4. Di qual natura debba essere la procedura da applicarsi onde decidere sulla ripetuta domanda di *solenne* dichiarazione di morte, il presente paragrafo non chiarisce. Il § 115 del Codice civile dispone che tal procedura debba essere la medesima che vige per l'investigazione e pel giudizio sulla invalidità del matrimonio, il qual disposto, dopo l'emanazione della già mentovata Legge 30 luglio 1819 sul modo di procedere nelle controversie matrimoniali, si risolve nell' adozione della procedura in questa legge contenuta. Può egli credersi che tale debba pur essere la procedura di cui il presente paragrafo parla in modo generale? A questa domanda noi non esitiamo a dare una risposta affermativa. Imperocchè la Legge 30 luglio 1819, comunque non accenni in alcun luogo espressamente alla sua applicabilità nelle *solenni* dichiarazioni di morte (vedasi in particolare il § 15), tuttavia, siccome uscita dopo la pubblicazione del § 115 del Codice civile, porta seco in virtù di questo paragrafo la destinazione eziandio a quella peculiare applicazione; ciò posto, essendo ella estranea al Codice civile, e, quel che è più, di natura affatto diversa da questo, come legge propriamente processuale, può ritenersi con piena sicurezza che continui a sussistere in tale applicazione, anche dopo la pubblicazione di una nuova Legge sul matrimonio dei cattolici, derogante alle disposizioni contenute nel Codice civile intorno al medesimo (Patente di Promulgazione della presente Legge, art. XIII). Nè può fornire buon appoggio a contrario avviso il fatto che la *solenne* dichiarazione di morte vada unita secondo il Codice civile (§ 112) a sentenza di scioglimento del matrimonio precedente, locchè, mentre spiega il perchè quel Codice prescriva in quella dichiarazione la stessa procedura ordinata nei giudizii sulla invalidità del matrimonio, non sussistendo nella nuova Legge matrimoniale (§ 23), sembrerebbe condurre a far abbandonare, anzichè a far seguire oggidì la Legge 30 luglio 1819 nella procedura di *solenne* dichiarazione di morte. Imperocchè, se lo scioglimento del matrimonio non viene secondo la nuova Legge matrimoniale pronunciato dallo stesso foro civile che emana la *solenne* dichiarazione di morte, non è però meno vero che in fatto il primo non può che conseguire alla seconda, dopo l'adesione a quest'ultima del Tribunale matrimoniale, ed è di questo fatto unicamente che vuolsi tenere un conto decisivo nella quistione attuale [1]. L'opinione da noi propugnata, che la procedura di cui si fa cenno nell'attuale paragrafo debba regolarsi secondo la Legge 30 luglio 1819, è seguita anche dal Kutschker (op. cit., vol. I, pag. 243-44).

5. I principii fondamentali della procedura introdotta dalla Legge 30 luglio 1819 sono i seguenti: 1.° la procedura deve farsi *in via d'ufficio* (*von amtswegen*), e *verbalmente* (§§ 3 e 1). Il concetto di una procedura *d'ufficio* in ciò consiste, che il giudice con propria indagine vada procacciando da sè medesimo, e senza proposta delle parti, il necessario fondamento per una decisione. Scopo della medesima si è nel caso nostro quello di rilevare fondatamente nel modo il più spiccio e colle minori spese tutte le circostanze dalle quali dipende l'ammissibilità della *solenne* dichiarazione di morte. Essendo *verbale* la procedura, è in facoltà del giudice ordinare quel numero di comparse che gli sembri opportuno, assumendo a protocollo tutto ciò che nelle medesime si tratta (Dolliner, luogo cit., § 208, n.° 2, copiato da Kutschker, op. cit., vol, I, pag. 243). Alle comparse devono essere invitati: il conjuge, che domanda la dichiarazione di morte, e il curatore deputato alla ricerca del conjuge assente. È permesso al primo farsi rappresentare da un avvocato, o da altro assistente giurisperito (§§ 4 e 13 di detta Legge). Che se il conjuge che domanda la separazione, o il conjuge assente, od ambedue siano ancor minorenni, devono essere fatti intervenire alle trattazioni giu-

[1] Non si può negare per altro che attesa la differenza testè esposta fra la legge matrimoniale antica e la nuova, qualche regola contenuta nella Legge 30 luglio 1819 non sia oggidì più applicabile alla procedura per solenne dichiarazione di morte. Tale è, per esempio, la regola contenuta nel § 19: che il giudice debba far comparire il conjuge da solo, e procurare con opportune esortazioni di rimuoverlo dal suo divisamento. Pertanto noi accenneremo nel testo brevemente quelle regole di detta legge, che non patiscono una tale eccezione.

diziali anche i loro genitori o tutori (§ 5). Se il conjuge che domanda la dichiarazione si è richiamato nella sua istanza a testimonii, deve il giudice invitare anche i medesimi alla comparsa, in quanto siano sottoposti alla sua giurisdizione (§§ 13, e § 1 della Legge 30 luglio 1819 e § 22 del Regolamento del processo civile). Che se dessi sottostiano ad altra giurisdizione, può il giudice tuttavia esaminarli, richiedendo a tal uopo il loro giudice competente perchè loro ingiunga di trasferirsi davanti a lui (§ 11 della Legge 30 luglio 1819). 2.° Nella trattazione il giudice non è astretto ad altre regole fuorchè a quelle che costituiscono la sostanza di una semplice, conveniente, e fondata investigazione sull'indole legale della domanda di separazione (ibid., § 4). Egli deve quindi lasciar trattare nel debito ordine il conjuge presente e il curatore dell'assente sull'oggetto dell'investigazione, recando a protocollo le loro opinioni. Deve, sia col richiedere o col procacciarsi da sè gli atti e i documenti necessarii, sia coll'esame dei testimonii e periti, mettere completamente in chiaro le circostanze decisive, porre nella piena loro luce le addotte prove della morte del conjuge assente, e proteggere d'ufficio il matrimonio da ogni arbitraria contestazione, e in generale governare tutta la trattazione in modo, che il diritto di domandare la dichiarazione di morte venga chiaramente provato, o posta fuor di dubbio l'impossibilità di questa prova (ibid., § 14). 3.° Devesi seguire nella trattazione il § 21 del Regolamento del processo civile (ibid., § 1). E pertanto la cooperazione del giudice alle parti d'*ufficio* deve intendersi nel senso che il primo deve porre in chiaro tutto ciò che si riferisce alla dilucidazione del fatto (cioè della vita o della morte del conjuge assente), e delle prove incombenti ad ambedue le parti, solo in quanto queste ultime siano incorse in proposito in qualche mancanza. Inoltre egli deve aver riguardo specialmente a ciò, che la parte istante nulla soffra nel suo diritto per difetto di formalità, e che non le torni di alcun nocumento l'incapacità di chiaramente esporre il fatto e le prove. Così pure avrà cura il giudice di far presente e chiarire alle parti ogni circostanza che non abbiano debitamente esposta o esaminata, eccitandole a miglior spiegazione e risposta. In generale ei non deve favorire niuna parte più dell'altra, e neppure (ibid., § 4) permettere ad alcuna, nè al suo rappresentante, raggiri onde prolungare l'investigazione. 4.° Prima della decisione il giudice non deve omettere di sentire il curatore (Decreto Aulico 11 giugno 1825).

6. Le prove in base alle quali può essere pronunciata la *solenne* dichiarazione di morte sono regolate secondo le generali prescrizioni del Regolamento del processo civile (Legge 30 luglio 1819, § 9); se non che la prova mediante confessione o giuramento delle parti è inammissibile per la *solenne* dichiarazione di morte, così come per lo scioglimento del matrimonio (ibid., § 13 e 14). Tuttavia il giuramento suppletorio della parte che domanda la dichiarazione, esibito onde compiere e rinforzare una prova d'altro genere di circostanze di fatto da lei prodotte, non sembra che si possa rigettare, non essendo qui l'oggetto della prova un impedimento dirimente, siccome accade nella dichiarazione d'invalidità o nello scioglimento del matrimonio, ma soltanto la verosimiglianza della fisica morte. Tale è pure l'opinione di Dolliner (luogo cit., § 209) e di Kutschker (op. cit., vol. I, pag. 245). La prova mediante periti non è esclusa, ma può trovar applicazione soltanto di rado, come quando l'istante si richiami ad una grave ferita dell'assente, nel qual caso i periti si dovrebbero sentire sul punto della mortalità o meno della ferita provata. Più frequente d'assai sarà l'uso della prova mediante documenti, onde provare, p. es., che l'assente sarebbe dell'età di 80 anni, se ancor vivesse, ch'egli si trovò su d'una nave che fece naufragio, o in uno spedale incendiato dal nemico.

7. La trasmissione della decisione presa sulla domanda di solenne dichiarazione di morte al Tribunale d'Appello, e la conseguente comunicazione degli atti all'Ordinariato, ordinate in questo paragrafo, non lo erano del pari nella precedente legislazione. Il § 114 del Codice civile prescrive soltanto che la *concessa* dichiarazione di morte, prima ancora di essere notificata alla parte, venga rimessa al Tribunale Superiore, ed esige poi che il Tribunale Superiore abbia a trasmettere la medesima alla decisione suprema, per la quale, dopo il Sovrano Rescritto di gabinetto 25 febbrajo 1818, devesi di regola intendere la Suprema Corte di Giustizia, e, soltanto in caso che questa dissenta, e per opera di lei, il Capo dello Stato, giusta le Sovrane Risoluzioni 11 maggio 1821 e 9 marzo 1830 (Winiwarter, *Comment. al* § 114 *del Codice civile generale*). L'interpellazione dell'Ordinariato in via d'ufficio, dopochè la *solenne* dichiarazione di morte venne concessa in Prima Istanza, prescritta già dal

Decreto Aulico 22 luglio 1803, e di nuovo dai Decreti Aulici 12 marzo 1830 e 15 giugno 1833 ([1]), i quali ne davano incarico alla Corte Suprema di Giustizia, fu vietata dalla Sovrana Risoluzione 30 novembre 1849. Nei casi poi in cui la *solenne* dichiarazione di morte non sia stata *concessa*, ma *diniegata*, la precedente legislazione non dava norme speciali intorno al contegno d'ufficio delle varie Istanze, e rendeva quindi implicitamente applicabili le generali norme del vigente processo civile intorno alle appellazioni (vedi Stubenrauch, op. cit., ai §§ 112-114, Codice civile generale, n.° 8). Così, quanto si trova disposto nel presente paragrafo e nei due successivi intorno alle operazioni d'ufficio ed all'intervento dell'Autorità ecclesiastica, dopo emanata dal Tribunale civile la sua decisione sulla promossa domanda di *solenne* dichiarazione di morte, sia favorevole sia contraria, è una vera innovazione nella legislazione austriaca.

8. Le regole esibite nei capoversi 2 e 3 del presente paragrafo, e nei due paragrafi successivi, concernono ed esauriscono un peculiare ordine di casi pratici. Che però ciò veramente sia, non è facile accorgersi al primo sguardo, il perchè noi stimiamo qui opportuno avvicinare quei casi, compiendo lo schema a cui si riferiscono. L'enumerazione dei medesimi è determinata dalla seguente distinzione fondamentale: il parere dell'Ordinariato intorno alla sentenza dell'Autorità civile sulla chiesta dichiarazione di morte può essere contrario alla dichiarazione stessa, oppure le può essere favorevole. Dall'accadere l'una o l'altra di queste cose scaturiscono tutte le varie regole pratiche in discorso, ed alcune altre eziandio, agevolmente sottintese nel testo della legge. Invero, suppongasi 1.° che l'Ordinariato siasi pronunciato *contro* la dichiarazione di morte. In questo supposto può accadere: *a*) che la domanda di dichiarazione di morte sia stata respinta con sentenze conformi del Tribunale di Prima Istanza e del Tribunale d'Appello; a questo caso provvedono i capoversi 2 e 3 del § 25; *b*) che siavi stato disparere fra le due Istanze civili, una di esse essendosi pronunciata in favore della domanda di dichiarazione di morte, e l'altra contro; a questo caso provvede il § 26; *c*) che ambedue le inferiori Istanze civili abbiano con sentenze conformi ammessa la dichiarazione di morte; a questo caso provvedono i capoversi 1, 3 e 4 del § 27. Supponendosi invece 2.° che l'Ordinariato siasi pronunciato *per* la dichiarazione di morte, può darsi: *a*) che la dichiarazione sia stata ammessa con conformi sentenze dalle due inferiori Istanze civili; a questo caso per verità non provvede alcuno dei passi di legge di cui discorriamo, ma per analogia del caso contemplato dai capoversi 2 e 3 del § 25, sembra ammissibile che in esso non si dia più luogo ad alcun ricorso contro la pronunciata decisione; *b*) che siavi stato disparere fra le due inferiori Istanze civili intorno all'ammissione della dichiarazione, oppure *c*) che ambedue le inferiori Istanze civili abbiano con sentenze conformi negata la dichiarazione di morte. A questi due ultimi casi provvede il capoverso 1 del § 27.

§ 26.

In tutti gli altri casi le decisioni della prima e della seconda Istanza devono inoltrarsi cogli atti relativi alla Suprema Corte di Giustizia.

I casi ai quali questo paragrafo si riferisce sono, come abbiamo già avvertito nelle annotazioni al paragrafo precedente (n.° 8), quelli in cui essendosi l'Ordinariato pronunciato *contro* la dichiarazione di morte, la prima Istanza, o la seconda Istanza civile abbiano rejetta la domanda di solenne dichiarazione di morte, mentre la seconda o la prima l'abbiano invece ammessa.

§ 27.

Ove il Vescovo siasi pronunciato per la dichiarazione di morte, la Corte Suprema di Giustizia proferisce una sentenza definitiva.

Se in opposizione colle decisioni delle Istanze inferiori il giudizio del Vescovo fu contrario alla dichiarazione di morte, la Corte Suprema di Giustizia, ove aderisca alla dichiarazione del Vescovo, pronuncierà che sia respinta l'istanza; nel caso all'incontro che la Corte di Giustizia non

([1]) Prima di questi due Decreti, vi era disparere fra i giureconsulti intorno alla validità del Decreto Aulico 22 luglio 1803 in seguito alla promulgazione del Codice civile (vedi Dolliner, op. cit. vol. IV, § 212).

possa convenire in tale dichiarazione, trasmetterà il processo al Giudizio metropolitano.

Associandosi quest'ultimo all'opinione del Vescovo, l'istanza per la dichiarazione di morte verrà dalla Corte Suprema di Giustizia respinta.

Nel caso contrario verrà la causa rassegnata dal Giudizio metropolitano alla terza Istanza ecclesiastica in affari matrimoniali, il cui giudizio dovrà poi servir di norma per la decisione della Corte Suprema di Giustizia.

1. Il primo capoverso del presente paragrafo si riferisce, siccome abbiamo già avvertito nelle annotazioni al § 25 (n.° 8), ai casi in cui mentre il Vescovo si pronunciò *per* la dichiarazione di morte, le due inferiori Istanze civili invece, con sentenze conformi, od almeno una di esse, siansi pronunciate *contro* la dichiarazione stessa. Ciò si fa chiaro al riflettere che lo stesso rapporto di opposizione fra la decisione del Vescovo e quelle delle due inferiori Istanze civili, nel supposto che il Vescovo siasi pronunciato *contro* la dichiarazione, viene contemplato dai due precedenti §§ 25 e 26, ai quali paragrafi si vede che il § 26 succede immediatamente, e quindi non in modo di escludere qualche analogia esistente fra di loro, almeno formale.

2. La seconda Istanza ecclesiastica, di cui si parla in questo paragrafo, allorchè la relativa trattazione abbia luogo in un'arcidiocesi, dove il Metropolita stesso costituisce la Prima Istanza, risiede in quel Tribunale ecclesiastico, il quale funge in seconda Istanza per le decisioni emanate nell'arcidiocesi (Schulte, op. cit., pag. 110).

3. A conchiusione delle nostre annotazioni ai paragrafi della presente Legge che trattano della *solenne* dichiarazione di morte, noi riferiremo, siccome ci siamo proposti (vedi note al § 22, n.° 9), le disposizioni vigenti pel caso in cui tale dichiarazione sia domandata da persona cattolica addetta allo stato militare.

In generale, siccome tutte le leggi civili obbligano tutti i cittadini di qualunque stato essi siano, non v'ha dubbio che le disposizioni contenute in questa Legge intorno alle regole ed alla procedura da osservarsi nella *solenne* dichiarazione di morte di persone cattoliche valgano anche pei militari. Le sole particolarità che occorrono in questo caso, concernono le autorità competenti a pronunciare la dichiarazione, o a decidere su di essa in Istanza superiore. Se il conjuge militare che domanda la *solenne* dichiarazione di morte, non appartiene ai Confini Militari, ordina il Decreto del Consiglio Aulico di Guerra del 18 settembre 1803 [1], comunicato ai varii Governi dell'Impero mediante Decreto della Cancelleria Aulica Unita del 4 ottobre 1803, che il medesimo debba, ancor prima di presentare la sua dimanda, rivolgersi al rispettivo comandante del corpo o del reggimento. Spetta a questo comandante, secondo la stessa Legge, verificare le circostanze prodotte dall'istante onde provare la morte, mediante l'esame giurato di quegli ufficiali sott'ufficiali o soldati che servirono nella compagnia dell'assente, e si trovarono nello stesso accidente in cui quegli soccombette o mancò, oppure caddero con lui nella stessa prigionia, o furono ammessi nello stesso ospedale, avendo cura che o si provi debitamente la morte dell'assente, od almeno si rilevi possibilmente dove egli sia stato tradotto prigione, o sia altrimenti capitato. Le indagini si continuano nel luogo della prigionia, all'uopo anche mediante intervento delle ambasciate. Soltanto dopo queste investigazioni del comandante, può la domanda di dichiarazione di morte essere presentata. Il Tribunale competente a riceverla deve essere il Tribunale militare, giusta il prescritto dell'Ordinanza del Ministero della Giustizia dell'8 luglio 1852 (n.° 6) [2] e propriamente in ogni singolo caso il Tribunale Provinciale militare cui è soggetto il conjuge assente, siccome è espressamente dichiarato nella Sovrana Risoluzione 24 aprile 1857 (n.° 10, lett. *b*). Presso il Tribunale militare provinciale ha luogo la stessa procedura additata dai §§ 23, 24 e 25 di questa Legge pei Tribunali provinciali

(1) Emanato pei militari cattolici, o di religione greca non unita, e da Dolliner (op. cit., vol. I, § 221 in fine) esteso anche ai protestanti di ambedue le confessioni.

(2) I tribunali provinciali militari furono da Sovrana Risoluzione 17 gennajo 1853 sostituiti agli antecedenti giudizii delegati meri e misti, ai quali spettava la procedura in discorso in virtù della citata Legge 18 settembre 1803.

civili [1]. Vuolsi notare intorno alla citazione edittale, che questa deve farsi pei militari nella Gazzetta di Vienna, brevemente e, se è possibile, per parecchi individui in una sola volta, avendo cura dell'inserzione lo stesso Tribunale militare, nè esigendosi il rimborso delle relative spese da persone sprovvedute di mezzi (Decreto del Consiglio Aulico di Guerra 9 giugno 1813). Circa la trasmissione della sentenza emanata sulla domanda di dichiarazione di morte all'autorità ecclesiastica, non vi ha bisogno di applicare ai Tribunali militari il disposto dei §§ 27, 25 della nuova Legge matrimoniale, perchè quella trovasi già ordinata dalla più volte citata Legge 18 settembre 1803, e propriamente, se il militare istante appartiene alla *milizia vaga*, al Vicario apostolico di campo, e se alla *milizia stabile*, al rispettivo Ordinariato secolare. Questa disposizione, abolita già dal Codice civile e dal Decreto del Consiglio Aulico di Guerra 19 novembre 1822, ritorna ora in piena attività. Soltanto vuolsi attualmente estendere la medesima regola anche al caso di negata dichiarazione di morte, mentre essa non fu propriamente stabilita che pel caso in cui la dichiarazione di morte sia stata concessa. I Tribunali di seconda e terza Istanza pei militari sono il Tribunale d'Appello militare Generale, e la Corte Suprema Militare di Giustizia, ambedue risiedenti in Vienna. Quali siano la seconda e la terza Istanza ecclesiastica pei militari si dirà nelle note al § 42 di questa Legge. — Nei Confini Militari l'istituto civile della *solenne* dichiarazione di morte sembra non essere mai stato in pratica finora. Imperocchè il Decreto Aulico 22 luglio 1803 stabilisce bensì che ivi ognuno che crede di poter passare a nuovo matrimonio coll'esibire le prove dalle leggi civili prescritte per la *solenne* dichiarazione di morte, si rivolga al comandante del reggimento, il quale deve con ogni mezzo a lui possibile verificarle; ma il medesimo prescrive inoltre che dopo questa verificazione il petente venga rimandato al Concistoro Diocesano, fungente come Tribunale ecclesiastico matrimoniale; col che vien esclusa l' ulterior procedura di dichiarazione di morte, non giudicando questo Tribunale se non giusta le leggi ecclesiastiche, alle quali, siccome abbiamo già avvertito più sopra, è sconosciuta ogni specie di dichiarazione di morte. La pubblicazione della nuova Legge matrimoniale pei cattolici nella Monarchia Austriaca, non fatta eccezione alcuna pei Confini Militari (vedi il proemio della Patente di Promulgazione di essa Legge) importa certamente che anche in questi paesi venga attuato l'istituto della *solenne* dichiarazione di morte sulle stesse basi su cui lo è in tutte le altre parti dell'Impero, e in particolare nelle imperiali regie milizie. Quest'attuazione però esige peculiari disposizioni che deroghino alle antiche finora non abrogate, la cui mancanza rende intanto inopportuna ed impossibile qualunque argomentazione analogica da ciò che ha luogo nelle altre parti dell' Impero specialmente fra i militari, a ciò che potrebbe aver luogo pei medesimi nei Confini Militari, la cui condizione è sempre eccezionale nello Stato, non meno nel giudiziario che in tutti gli altri rami di pubblica amministrazione.

§ 28.

Per prova permanente del contratto matrimonio sono obbligati i preposti delle parrocchie ad inscriverne di propria mano la conclusione nel libro dei matrimonii. Debbono registrarsi chiaramente il nome di battesimo ed il cognome, la confessione religiosa, l'età, l'abitazione e la condizione dei conjugi, coll'annotazinne se furono già conjugati o no; il nome di battesimo e cognome, la confessione religiosa, la condizione dei loro genitori e dei testimonii; il giorno inoltre del conchiuso matrimonio, finalmente anche il nome del Curato avanti il quale venne dichiarato il consenso. Si indicheranno altresì i documenti coi quali fossero state tolte le occorse difficoltà. Se la dichiarazione del consenso avesse luogo avanti al Vescovo stesso od avanti ad un sacerdote direttamente da lui autorizzato, ne verrà di ciò informato il Parroco, acciocchè egli possa annotare nel modo prescritto la conclusione del matrimonio nel libro dei matrimonii.

[1] Il Decreto Aulico 18 settembre 1803 prescriveva che la procedura da osservarsi nelle dichiarazioni di morte di persone militari fosse quella contenuta in una Patente del 22 febbrajo 1791, e in una Ordinanza del Consiglio Aulico di Guerra del 19 marzo dello stesso anno. Ma queste leggi fanno ora luogo alla nuova Legge matrimoniale, come lo fecero già alle disposizioni del Codice civile (Dolliner, op. cit., vol. IV, § 220, n.° 2).

1. Il presente paragrafo è quasi identico nel suo contenuto al § 80 del Codice civile; ne differisce soltanto nell'ultimo suo allinea, che non si riscontra in quel paragrafo, e nel richiedere che fa l'iscrizione nel libro dei matrimonii anche della religione degli sposi, dei genitori e dei testimonii, non richiesta del pari dal Codice civile. Ad eccezione poi dello stesso ultimo allinea non vi ha differenza alcuna fra il contenuto di questo paragrafo e quello del § 76 dell'Istruzione. La ragione per cui nella presente Legge civile si contengono disposizioni intorno alla condotta dei libri dei matrimonii, si è l'importanza dei dati contenuti in questi libri nel provare come pubblici documenti (Regolamento del processo civile, § 170, n.° 6) i rapporti di parentela, fonti di tanti diritti e doveri, sia meramente personali, che relativi alle cose, fra i cittadini dello Stato. Tale importanza fa sì che lo Stato abbia diritto e dovere di sorvegliare quella condotta, di prevenire e castigare ogni irregolarità nella medesima, e quindi anzitutto di sancire e pubblicare le norme a cui i parrochi, considerati in questa mansione come pubblici ufficiali, vi si debbono attenere. Non tutte le disposizioni concernenti la tenuta dei libri, o registri parrocchiali dei matrimonii, sono contenute in questo paragrafo; ma altre vi sono vaganti in leggi pubblicate posteriormente al Codice civile, e che non si possono ritenere abrogate pel solo fatto della pubblicazione della nuova Legge matrimoniale. Per esempio, nella condotta dei libri matrimoniali è fatto ai parrochi l'espresso divieto di introdurvi qualsiasi benchè minima variazione (Circolare Governativa Lombarda 10 novembre 1841). Nessuna correzione poi dei nomi indicati nei registri parrocchiali può farsi dai parrochi di loro arbitrio, ma soltanto dall'autorità politica (Delegazione provinciale), alla quale i parrochi stessi devono rivolgersi (Circolare Governativa Veneta 8 gennajo 1830). Vuolsi avvertire eziandio che soltanto dal luglio 1815 in poi i parrochi cattolici hanno ricuperato nel Regno Lombardo Veneto l'antico ufficio di registrare le nascite, i matrimonii e le morti nei libri parrocchiali. Prima di quell'epoca furono in questo Regno praticati i cosidetti *registri dello stato civile*, introdotti dalle leggi del cessato Governo Italico, e nei quali le nascite, i matrimonii e le morti iscrivevansi per cura di appositi ufficiali dello stato civile. Tali registri continuano ad avere anche per l'avvenire forza di prova come pubblici documenti, per tutto il tempo in cui rimasero in vigore.

2. L'iscrizione *di propria mano* prescritta al parroco da questo paragrafo, come lo è pure dal § 80 del Codice civile, non suole aver luogo in pratica. L'iscrizione è invece solitamente opera del prete che assiste alla conchiusione del matrimonio, e il quale il più delle volte non è il parroco stesso, ma un suo coadjutore, e che può essere anche un prete qualunque delegato dal parroco. Dolliner (op. cit., vol. II, § 67, n.° 4) non disapprova questa pratica, ed adduce anzi a conferma e temperamento della medesima un Decreto Aulico del 20 febbrajo 1784, il quale ordina che il parroco debba solo sottoscrivere il proprio nome alla fine d'ogni pagina del registro dei matrimonii, e che, se il matrimonio non fu solennizzato dal parroco stesso, ma da altro prete, sia questi o coadjutore del parroco, od estraneo alla cura d'anime della parrocchia, ma delegato dal parroco, debba il medesimo prete sottoscrivere all'iscrizione del matrimonio il proprio nome e la propria qualità. Ma noi crediamo che l'opinione di Dolliner non sia abbastanza giustificata da una legge di tanto anteriore al Codice civile, e quindi abrogata da questo con cui non concorda, e che ancor più attualmente debbasi ritenere obbligo de' parrochi l'inscrivere essi medesimi nei registri parrocchiali ogni matrimonio conchiuso nella loro parrocchia, dopochè la relativa ingiunzione, espressa già nel Codice civile, viene ripetuta e confermata dalla nuova Legge matrimoniale. Osserva giustamente il Kutschker (op. cit., vol. IV, pag. 655), che il parroco al quale spetta la facoltà di unire in matrimonio, avendo innanzi a sè i documenti presentatigli intorno ai dati concernenti lo sposo e la sposa, può operare la iscrizione prescritta molto più esattamente che non altro prete, il quale non può riempiere la rubrica dello sposo e della sposa che dietro i dati orali, spesso insufficienti, delle parti.

3. Nell'iscrizione della confessione religiosa vuolsi accennare anche il rito di essa, quindi, se l'uno o l'altro conjuge professi la religione cattolica, vuolsi specificare se questa sia latina, o greca. — Allorquando la sposa è vedova, l'iscrizione del nome e del cognome di lei e dei di lei genitori deve nella Bassa Austria, in virtù di una Ordinanza di quel Governo del 13 giugno 1825, essere seguita anche da quella del nome e del cognome e del carattere del defunto marito. — L'iscrizione dei testimonii alla conchiusione del matrimono deve farsi da colui medesimo che fa l'iscrizione dei conjugi, come risulta evidentemente dalle parole dell'attuale paragrafo, ma

incumbe a quelli l'obbligo di sottoscriversi, come risulta dallo stesso loro carattere di testimonii. Se non sanno scrivere, altri deve scrivere il loro nome, ed essi devono confermare questa iscrizione coll'apporvi una croce od altro segno di propria mano, come usasi nella confezione dei testamenti e dei contratti (Decreto Aulico 20 febbrajo 1784). Eziandio quando le firme dei testimonii siano sì male scritte che potrebbero in seguito ingenerare dubbio od errore, devono le medesime essere ripetute con chiarezza da una terza persona, apponendovi la parola « leggi » (Decreto della Cancelleria Aulica, 27 giugno 1835, Circolare del Governo di Milano del 14 agosto successivo).

4. I documenti mentovati nel paragrafo, coi quali furono tolte le occorse difficoltà, sono quelli medesimi che abbiamo additato nelle annotazioni al § 21, mediante i quali il parroco si accertò che non esistono impedimenti di sorta al matrimonio, o che i sussistenti furono tolti. Fra questi ultimi devonsi intendere specialmente le dispense, ogni qualvolta queste non siano canoniche accordate per impedimenti secreti dalla Penitenzieria romana, o dal Vescovo locale in virtù delle facoltà quinquennali; nei quali casi dovrebbesi omettere ogni annotazione in proposito nel libro dei matrimonii (vedi Kutschker, op. cit., vol. IV, pag. 660). Non v'ha dubbio che nel libro dei matrimonii debbasi far cenno anche della fede di battesimo prodotta dagli sposi giusta il disposto del § 21 di questa Legge. Vuolsi inoltre avvertire, che nel caso di conchiusione di matrimonio di un militare in permesso davanti al parroco secolare, deve questi annotare nel libro dei matrimonii la produzione della reversale emessa dalla sposa intorno agli obblighi impostile dall'essere il suo matrimonio di seconda classe [1] (vedi annotazione al § 21).

5. Tutti i documenti accennati nel registro dei matrimonii devono essere, sotto comminatoria di grave pena, gelosamente custoditi dal parroco nell'archivio parrocchiale, e preservati possibilmente da ogni smarrimento (Decreto Aulico del 17 luglio 1815, e del 18 aprile 1818).

6. Per l'iscrizione dei matrimonii dei militari appartenenti alla milizia stabile, conchiusi davanti a parrochi del clero civile, vigono le norme contenute in questo paragrafo, e quelle additate nelle precedenti annotazioni. Le stesse norme sono pure da seguirsi dai cappellani militari nelle iscrizioni dei matrimonii di militari appartenenti alla milizia vaga. I medesimi devono in particolare non omettere mai di procacciarsi circostanziata notizia dei dati concernenti la sposa, ove questa sottostia alla giurisdizione civile, onde riempiere così esattamente le consuete rubriche (Decreto della Cancelleria Aulica del 22 febbrajo 1827). Se un militare appartenente alla milizia vaga viene in qualche caso congiunto in matrimonio da un parroco dello stato civile, e senza la presenza del sacerdote militare, deve quel parroco accanto all'iscrizione nei registri parrocchiali dei dati concernenti lo sposo e la sposa apporre il luogo di nascita, il paese e il carattere dei genitori (Ordinanza del Concistoro di Olmütz del 28 settembre 1818 emanata sopra richiesta dell'I. R. Feldsuperiorato della Slesia). In tale caso inoltre, sotto la rubrica del *luogo della conchiusione del matrimonio* devesi apporre la seguente osservazione: « tutti i documenti trovansi nell'archivio parrocchiale *sub* N » (Ordinanza del 15 marzo 1792, e del 9 ottobre 1803. Vedi Kutschker, op. cit., vol. IV, pag. 667). Che se il sacerdote militare è presente alla conchiusione del matrimonio, deve questo iscriversi nei protocolli ecclesiastici militari (Circolare 25 novembre 1841 del Governo di Milano).

7. Dopo effettuata l'iscrizione del matrimonio secondo le prescrizioni vigenti, incumbe eziandio obbligo ai parrochi in certi casi di notificarla ad apposite autorità. Un Decreto della Cancelleria Aulica del 17 aprile 1834 prescrive che non solo ogni caso di morte, ma anche ogni matrimonio di vedove, o di figlie orfane di impiegati civili e militari, provvedute di una pensione, o di un assegno di qualsiasi specie a carico dell'Erario, si notifichino alla sovrastante autorità politica (Decreto della Cancelleria Aulica del 17 aprile 1834). Deve poi questa, in conformità al Dispaccio del Ministero delle Finanze del 6 aprile 1852, darne notizia in tempo alla competente autorità militare. I parrochi sono responsabili dell'osservanza di questa prescrizione (19 di detto Decreto), e tenuti a risarcire l'Erario di ogni danno proveniente dalla sua inosservanza.

[1] Il Decreto Aulico 20 febbrajo 1780 che prescriveva la trascrizione per esteso della reversale nel libro dei matrimonii, venne già posto fuori di vigore dal § 80 del Codice civile (Dolliner, op. cit., vol. II, § 67, n.° 5).

8. Solitamente chiedono i conjugi, subito dopo la conchiusione del matrimonio, un cosidetto *certificato* o *fede di matrimonio*. Anche in altre occasioni però può tornar necessaria l'emissione di un simile documento. Il parroco medesimo al quale spetta l'iscrizione del matrimonio nel relativo registro, è autorizzato ad emetterlo. Esso consiste in un fedele estratto dal registro dei matrimonii relativamente ad un singolo matrimonio; è quindi un *pubblico documento*, e in quanto concorda col registro matrimoniale fa piena prova. Dalla fede di matrimonio deve apparire in particolare, se alla conchiusione del matrimonio sia preceduta la denuncia, o se da questa sia stata accordata dispensa in tutto od in parte (Decreto Aulico del 9 ottobre 1802). Deve inoltre la fede di matrimonio essere sottoscritta di propria mano dal parroco, o dal prete a ciò delegato dal parroco, e munita del suggello d'ufficio e della data (giorno, mese, anno, luogo) dell'emissione (Decreto Aulico del 19 aprile 1799).

9. Le annotazioni debitamente fatte dai parrochi nei registri parrocchiali, e i documenti estratti fedelmente da questi registri, e legalizzati all'uopo dall'Ordinariato (Disposizione della Cancelleria Aulica del 22 novembre, 1831; Notificazione del Governo di Milano del 14 luglio dello stesso anno) costituiscono la prova ordinaria che un dato matrimonio venne realmente conchiuso. Può darsi però, che per mancata, o sbagliata, o insufficiente annotazione nel registro dei matrimonii, o per ismarrimento o guasto di questo registro, la prova ordinaria di un avvenuto matrimonio sia resa impossibile. Ora qual altra prova del matrimonio può esibirsi in tali casi? Questa domanda non può di regola sciogliersi oggidì relativamente ad un matrimonio di persona cattolica, che dal Tribunale ecclesiastico matrimoniale, solo competente a decidere delle cause matrimoniali dei cattolici in generale (art. X del Concordato), e quindi anche di quella vertente intorno all'essere stato o no conchiuso un determinato matrimonio. Solo in alcuni casi eccezionali (vedi il § 55 di questa Legge) anche il giudizio civile può decidere quistioni matrimoniali concernenti persone cattoliche, e fra queste in particolare anche la causa vertente intorno alla realtà di un matrimono. Egli è appunto in riguardo a questi casi che la domanda testè esposta deve ottenere da noi risposta in questo luogo. Noi siamo d'avviso che qualunque delle prove ammesse in generale dalle veglianti leggi intorno al processo civile possa per sè stessa adoperarsi a dimostrare l'esistenza di un dato matrimonio, avanti ad un giudizio civile. Del che la ragione si è, che le prove legali sono prestabilite per tuttti i fatti senza distinzione, e che la scelta dei mezzi di prova nei singoli casi non può dipendere dalla legge, ma soltanto dalla natura del fatto da provarsi. Egli è però perspicuo che nella prova in discorso nè la confessione, nè il giuramento di coloro che si vorrebbero conjugi, possono adoperarsi come mezzo, perchè in tutti i casi in cui la presente Legge ammette la trattazione di cause propriamente matrimoniali davanti ai giudizii civili, quelle persone vengono supposte defunte ([1]).

§ 29.

Se il Curato ordinario autorizza un sacerdote a celebrare il matrimonio in un luogo che non è nella parrocchia di nessuno degli sposi, egli deve annotare senza indugio questa circostanza nel libro dei matrimonii della sua parrocchia, nominandovi in pari tempo tanto il sacerdote che egli ha delegato a far le sue veci, quanto il luogo in cui deve essere contratto il matrimonio.

Il contenuto di questo paragrafo coincide con quello del § 81 del Codice civile, ed è pur confermato dal § 77 dell'Istruzione. Parecchi interpreti del Codice civile (fra i quali Dolliner, op. cit., vol. II, § 67, n.º 6), e canonisti (fra i quali il Pachmann citato da Kutschker, op. cit., vol. IV, pag. 655) opinano che il parroco ordinario, il quale ha delegato altro sacerdote a celebrare un matrimonio in una parrocchia a cui non appartiene alcuno degli sposi, debba, ancor prima della effettiva conchiusione del matrimonio, fare la iscrizione relativa nei proprii libri parrocchiali, lasciando in bianco

([1]) Lo stesso deve dirsi delle quistioni elevate intorno alla prova di matrimonii che avrebbero dovuto essere iscritti nei registri dello stato civile ordinati dalle leggi del regno d'Italia, dopochè tali registri cessarono di essere in vigore. In tali quistioni non può avere più applicabilità il § 46 del Codice civile pel regno d'Italia.

la rubrica dei testimonii, ed annotando il giorno della emessa delegazione, e il luogo in cui, e il sacerdote a cui fu fatta nella rubrica *del tempo* della conchiusione del matrimonio.

§ 30.

Il Curato del luogo in cui segue il matrimonio è tenuto ad inscrivere la conclusione nel libro dei matrimonii della sua parrocchia coll'annotazione da qual Parroco vi sia stato autorizzato, al qual ultimo deve egli partecipare la seguita conclusione entro otto giorni.

Questo paragrafo è identico nel contenuto al § 82 del Codice civile ed al secondo alinea del § 77 dell'Istruzione. Dopo ricevuta partecipazione dell'avvenuto matrimonio dal parroco delegato, deve il parroco delegante o riportare l'avvenuta conchiusione *in extenso*, e richiamandosi all'avuta partecipazione, sotto l'iscrizione anticipata, se questa avvenne (vedi l'annotazione al paragrafo precedente), oppure, assumere la partecipazione avuta dal parroco delegato nelle corrispondenti rubriche, accennando nell'osservazione il fatto della partecipazione. — Il documento inviato dal parroco delegato al delegante intorno all'avvenuto matrimonio devesi deporre e conservare nell'archivio parrocchiale del primo.

§ 31.

Gli effetti di diritto civile nascenti dal matrimonio devono giudicarsi secondo il Codice civile generale, in quanto la presente legge non contenga in proposito speciali disposizioni.

Abbiamo già accennato nelle note alla Patente di Promulgazione della presente Legge (vedi pag. 32 di questa Appendice) quali si debbano propriamente ritenere effetti civili del matrimonio, intorno a cui il giudizio civile è competente a giudicare. Disposizioni di questa Legge intorno agli effetti civili del matrimonio, estranee al Codice civile generale, o che deroghino a quest'ultimo, si trovano nei §§ 32, 34, 50 (veggansi le annotazioni a questi paragrafi). Ma non vuolsi mai dimenticare nella pratica che codeste disposizioni al pari di tutta questa Legge non valgono che pei matrimonii conchiusi da cattolici, sicchè laddove le medesime derogano al Codice civile generale, la deroga non ha luogo che *per una parte* delle persone sottoposte all'impero di questo Codice.

§ 32.

Se un minorenne contrae matrimonio senza aver ottenuto il necessario assenso del padre o quello del giudice (§§ 5, 8), ambedue i genitori restano esonerati dall'obbligo di costituire la dote o di contribuire per l'accasamento, ed il padre ha il diritto di diseredarlo.

Il diritto di diseredazione compete, solo però fino alla metà della porzione legittima, anche alla madre ed agli avi, alla cui tutela il minorenne era soggetto al tempo in cui senza il giudiziale permesso contrasse un matrimonio, al quale essi non hanno accordato il loro assenso.

La posteriore approvazione del matrimonio toglie tanto il diritto di diseredare quanto anche l'avvenuta diseredazione, quando tale approvazione sia stata espressa in inscritto oppure sotto l'osservanza delle formalità prescritte per la validità delle disposizioni d'ultima volontà (§§ 719 e 772 del Codice civile generale).

Una semplice riconciliazione non può ancora riguardarsi come un'approvazione del matrimonio o come una revoca della diseredazione.

1. I pregiudizii che giusta questo paragrafo possono derivare ad un figlio minorenne dall'aver contratto matrimonio senza il consenso del padre e del giudice, sono, eccettuato in parte il contenuto del primo capoverso, sconosciuti affatto al Codice civile. L'im-

portanza che il legislatore austriaco annette mai sempre al consenso paterno dei minorenni, fece sì che nel Codice civile (§§ 49, 50) la mancanza di tale consenso venisse posta come impedimento dirimente; quest'ultima disposizione, oggidì non più applicabile ai cattolici, pei quali tuttavia la necessità di quel consenso non cessa, dovette venir surrogata pei medesimi da sanzioni se non egualmente gravi, però di ancor molta rilevanza. E tali debbono al certo sembrare ad ognuno il diniego della dote e dell'accasamento, e la disederazione; quest'ultima in ispecie. Noi osserviamo anzi *de jure condendo*, eccedendo per poco i confini del nostro istituto, che la facoltà di diseredare attribuita in questo paragrafo ai genitori ed agli avi, senza nemmeno esigere che la causa del loro dissenso al matrimonio dei minorenni venga confermata dal giudice, siccome esigevano i paragrafi 1222, e 1231 del Codice civile per la sola facoltà del rifiuto della dote e dell'accasamento, è una innovazione di soverchio rigore, attese le pene alle quali va già soggetto il minorenne che contrasse matrimonio senza il prescritto consenso, in virtù del § 35 di questa Legge.

2. La disposizione contenuta nel primo capoverso di questo paragrafo, eccettuata la parte che accenna alla facoltà di diseredare attribuita al padre, si riscontra anche nei §§ 1222 e 1231 del Codice civile, colle sole differenze: 1.° che mentre quei paragrafi parlano di consenso dei genitori in genere, il presente invece non fa cenno che del consenso del padre; 2.° che nel presente paragrafo si uguaglia nei civili effetti alla mancanza del consenso del padre quella del consenso del giudice, della quale ultima nei paragrafi suddetti del Codice civile non si parla; 3.° che mentre i §§ 1222 e 1231 esigono che la causa del dissenso paterno al matrimonio del figlio minorenne sia riconosciuta giusta dal giudice, il presente paragrafo invece esige soltanto che il consenso paterno non sia stato ottenuto.

3. Il consenso del giudice può richiedersi e mancare al matrimonio di un minorenne: 1.° dopo la morte del padre, se il minorenne trovasi sotto tutela; 2.° vivendo il padre, nei casi contemplati dai §§ 176 e 177 del Codice civile ([1]). Nel primo caso può spettare soltanto alla madre che fosse chiamata dalla legge (Codice civile, § 1220 1231) a prestare o dote, od accasamento, il far uso della facoltà di rifiutarvisi, concessa ad ambedue i genitori dal capoverso primo di questo paragrafo. Nei casi ricordati al numero 2.° quella facoltà non può sempre spettare ad ambedue i genitori, nè può sempre spettare al padre il diritto di diseredare. E propriamente, nè l'uno nè l'altro di tali diritti può manifestamente spettare al padre che abbia perduta la patria podestà per aver perduto l'uso della ragione, o per essere stato condannato al carcere duro per più di un anno per commesso crimine (vedi il § 27 del vigente Codice penale), o pel fatto dell'arbitraria emigrazione od assenza in luogo ignoto al figlio medesimo, che avrebbe avuto bisogno del suo assenso al matrimonio, o per totale trascuranza del mantenimento e dell'educazione della prole, nel quale ultimo caso specialmente, accordandosi al padre quei diritti, gli si presterebbe mezzo di perseverare nella mala sua condotta inverso i figli. In tutti questi casi ancora la madre sola può valersi della facoltà di rifiutare la prestazione della dote o dell'accasamento. Che se il padre venne privato dalla patria podestà per causa di prodigalità, in questo unico caso noi crediamo che tanto il padre, quanto la madre possano far uso dei diritti concessi ad ambedue dal primo capoverso del presente paragrafo, e che il padre possa altresì far uso del diritto di diseredare peculiarmente a lui concesso, ove al matrimonio del figlio minorenne sia mancato il consenso del giudice. Imperocchè all'esercizio di tali diritti in un dichiarato prodigo nè si oppone manifestamente alcuna mentale incapacità, nè si oppone la stessa incapacità civile del prodigo ad amministrare le proprie sostanze, lo stato delle quali non viene per verità alterato, ma anzi rispettato dal rifiuto di dotare o di accasare un figlio o dalla diseredazione. Che il prodigo possa in particolare come far testamento (§ 568 del Codice civile generale), così anche diseredare entro certi limiti, nessuno vorrà metterlo in dubbio. Egli è bene inteso però che un padre, a cui fu tolta la podestà patria per l'avvenuta sua interdizione come prodigo, non possa diseredare il proprio figlio minorenne che abbia contratto matrimonio senza il consenso del giudice, se non nei limiti entro i quali il Codice civile gli permette di disporre de' suoi beni per ultima volontà. Non vuolsi omettere di avvertire, che, avendo la presente Legge conceduto in qualche caso al padre il diritto di niegare la dote o l'accasamento ad un figlio minorenne, oppure di diseredarli, per

([1]) L'enumerazione contenuta in questi paragrafi è tassativa

la ragione che esso abbia contratto matrimonio senza il consenso del giudice, non solo ampliò la disposizione contenuta nei §§ 1222 e 1231 del Codice civile, ma eziandio modificò per una parte dei sudditi dell'Impero lo stesso concetto della patria podestà in quel Codice stabilito, della quale i diritti contenuti in quei paragrafi apparivano una conseguenza, che non potesse sussistere quando la patria podestà fosse per qualunque ragione sospesa.

4. Non definisce la presente Legge, se, nel caso in cui tanto il padre quanto la madre siano effettivamente chiamati a provvedere ad un loro figlio minorenne dote od accasamento (vedi i §§ 1220, 1231, 141, 143 del Codice civile generale), il rifiuto loro a questa prestazione per l'avvenuto matrimonio del medesimo senza avere ottenuto il consenso del padre, o quello del giudice, debba essere contemporaneo in ambedue, o possa esistere in uno solo e qualunque di essi. Nella pratica può sorgere dubbio sulla scelta dell'una o dell altra delle due interpretazioni. Noi siamo d'avviso che quel rifiuto non possa mai farsi dalla madre che d'accordo col padre, se a questo pure ne spetti il diritto, e debba quindi in questa ipotesi partire da ambedue i genitori contemporaneamente. Imperocchè al padre solo, non anche alla madre, spetta il diritto di acconsentire al matrimonio del figlio minorenne che si trovi sotto la patria podestà, e, cessata questa podestà, il consenso del giudice a tale matrimonio è un surrogato al consenso paterno, in modo che la mancanza dell'uno non può avere effetti differenti da quella dell'altro; dal che discende, che i pregiudizii di cui la legge rende passibile un figlio minorenne, il quale contrasse matrimonio senza il dovuto consenso nè del padre nè del giudice, voglionsi considerare come sanzioni penali del diritto di patria podestà, la cui inflizione compete originariamente e immediatamente al solo padre. Allorchè il padre non vuol far uso di tali sanzioni, parimenti la madre non lo deve, come nel caso contratrio il contegno del padre deve essere pur quello della madre. Codesta uniformità del procedere della madre con quello del padre è voluta, in mancanza di un diritto proprio nella madre, dal dovere che la legge (Codice civile, § 92) le impone di obbedienza al marito, ed in particolare di eseguire essa pure le disposizioni da lui date intorno al governo della famiglia. Anche se il marito non sia in grado di concorrere in nulla alla costituzione della dote od all'accasamento del figlio minorenne, e il relativo dovere non possa quindi essere soddisfatto che dalla madre, noi siamo d'avviso che per le anzidette ragioni questa non vi si possa rifiutare a motivo del mancato consenso paterno o giudiziale al matrimonio di quel figlio, ove a tale rifiuto il padre non aderisca.

5. L'esonero dall'obbligo di costituire la dote, o di contribuire per l'accasamento di un figlio minorenne, che contrasse matrimonio senza il consenso del padre o del giudice, essendo dal capoverso 1.° del presente paragrafo conceduto ai soli *due genitori*, viene implicitamente non concesso per l'uguale titolo agli avi del figlio, nel caso in cui ad essi pure tocchi quell'obbligo giusta il disposto del Codice civile (§§ 1220, 1231 e 143).

6. In nessun passo del presente paragrafo è dato a divedere quali effetti produca sull'esercizio del diritto di rifiutare la dote o l'accasamento, contemplato dal capoverso primo del medesimo, una posteriore approvazione del matrimonio del minorenne conchiuso senza il consenso del padre o del giudice; mentre una tale approvazione, avvenuta in un certo modo, toglie, secondo lo stesso paragrafo, il concesso diritto di diseredare, ed al caso anche l'avvenuta diseredazione. Che cosa devesi pertanto pensare in quell'argomento? Questa domanda appare specialmente opportuna, ove si pensi che i §§ 1222 e 1231 del Codice civile insieme combinati, non mancano di stabilire che l'obbligo di prestare la dote o l'accasamento, nel caso da essi contemplato non rimane nei genitori, nemmeno ove essi abbiano posteriormente approvato il matrimonio. Nella presente quistione vuolsi anzi tutto distinguere il caso in cui mancò al matrimonio del minorenne il consenso del padre, da quello in cui vi mancò il consenso del giudice. In questo secondo caso niuna ricerca può farsi intorno all'efficacia di una posteriore approvazione del matrimonio, perchè il supporre questa approvazione partita dal giudice contraddirebbe al principio: che sullo stesso oggetto non può la stessa Istanza giudiziale emanare due contrarie decisioni. Soltanto nel primo dei due casi testè distinti può ricercarsi quali effetti produca la posteriore approvazione del matrimonio del minorenne sul diritto dei genitori di rifiutarsi alla dote od all'accasamento di esso [1]. Noi opiniamo ora che la prima tolga il secondo, per la sua

[1] Durante o dopo la minor età.

istessa natura, e senza bisogno che la legge positiva espressamente il confermasse. Imperocchè oggidì non vi può essere fra i cattolici altro motivo per cui un figlio induca il padre ad approvare il suo matrimonio contratto durante la minor età senza il consenso di lui o del giudice ([1]), se non quello di ottenere appunto dal padre o la dote o l'accasamento, nel qual supposto simile approvazione non ha ragione di esistere che al momento di costituire o l'una o l'altra, in modo che le due cose sono di regola naturalmente inseparabili fra di loro, e può dirsi che il fatto della posteriore approvazione del matrimonio implica, almeno in pratica, il non esercizio del diritto di negare la dote o l'accasamento, nato già dal non avere l'approvazione avuto luogo prima. La posteriore approvazione del matrimonio, di cui parla il § 1222 del Codice civile come di un atto isolato, è di natura diversa da quella di cui è luogo a discorrere nella presente Legge; essa è un'approvazione diretta a far cessare l'invalidità di un matrimonio contratto da un minorenne senza il consenso del solo padre (Codice civile, § 49) ed a togliere quindi ogni ostacolo alla convalidazione del medesimo; della quale approvazione non può discorrersi giusta la presente Legge, che non dichiara invalido il matrimonio dei minorenni per tale ragione. Questa avvertenza difende l'opinione da noi esposta da ogni argomento analogico che si volesse desumere contro di essa dal § 1222 del Codice civile. Imperocchè egli è chiaro che una approvazione del matrimonio del figlio data dal padre allo scopo di togliere gli inconvenienti dell'invalidità di quello, non potrebbe estendersi fino a togliere al padre stesso i diritti che gli nacquero dal non essere stata quell'approvazione domandata in tempo, senza manifesta iniquità. Taluno vorrà forse obbiettarci eziandio che nella presente Legge l'approvazione posteriore data dal padre al matrimonio contratto dal figlio durante la minore età senza il necessario consenso, e diretta a produrre l'effetto civile che noi le abbiamo poc'anzi attribuito, potrebbe essere procacciata dal figlio anche molto tempo prima che tale effetto abbia luogo, almeno allo scopo di ottenere un'azione civile onde produrlo. Noi rispondiamo a questa obbiezione, che non può pensarsi a tale azione civile, senza scorgerne la pratica inutilità per colui a cui fosse accordata. Egli è chiaro infatti che la stessa difficoltà incontrerebbe un figlio ad ottenere in un coll'approvazione del padre, l'azione in discorso, che egli deve incontrare, giusta il nostro avviso, ad ottenere tale approvazione all'atto di procacciarsi immediatamente l'effetto utile di essa, che in sostanza è pur l'oggetto di quell'azione. Tra l'un procedimento e l'altro non vi ha pratica differenza di risultati, ma soltanto una formale varietà, in ciò che il medesimo risultato viene assicurato in tempi differenti; la quale varietà, traendo seco nel secondo maggiori incommodi che nel primo, fa certamente sì che ognuno debba riconoscere soltanto il primo come il più naturale, e come solo implicitamente riconosciuto dalla legge.

7. Le condizioni alle quali il padre, senza il cui consenso il figlio minorenne abbia contratto matrimonio, può diseredarlo, sono, giusta il capoverso 1.° del presente paragrafo, quelle stesse alle quali egli può in tal caso rifiutare al figlio od alla figlia l'accasamento o la dote. Le condizioni poi alle quali il capoverso 2.° attribuisce alla madre ed agli avi il diritto di diseredare un figlio, si possono ridurre alle seguenti: *a*) che il figlio abbia contratto matrimonio in minore età, senza il consenso della madre, o degli avi, e del giudice; *b*) che all'epoca di tale matrimonio egli siasi trovato sotto la tutela della madre o degli avi; *c*) che la diseredazione venga limitata, quanto all'oggetto, alla metà della porzione legittima. L'efficacia data in questa disposizione all'assenso tutorio della madre o degli avi al matrimonio di un figlio, non presuppone già che tale assenso si richieda alla conchiusione di questo matrimonio, il che sarebbe contrario al generale principio che intorno al matrimonio di un pupillo non si richieda altra cosa dal tutore che la sua *dichiarazione* (vedi il § 5 di questa Legge e le relative annotazioni), e soltanto che si tenga conto del contenuto della *dichiarazione* emessa in proposito dalla madre, o dagli avi, come tutori. Egli è poi appena necessario avvertire, che la facoltà di diseredare, attribuita da questo paragrafo alla madre od agli avi, cui sia stata affidata la tutela di un figlio o nipote, non può egualmente appartenere ad altri tutori stretti col pupillo da un altro qualsiasi legame di parentela (vedi il § 198 del Codice civile generale), perchè secondo il Codice civile (§§ 768-770) non può darsi diseredazione che da parte di chi

([1]) Si abbia qui presente la logica distinzione fra approvazione posteriore del matrimonio e riconciliazione del padre col figlio, riconosciuta anche in questo paragrafo (capov. 4.°).

abbia eredi necessarii, discendenti, od ascendenti, in confronto di questi eredi, nè può mai avvenire che un discendente venga costituito tutore di un suo consanguineo ascendente. Egli è ovvio del pari che nè la madre nè gli avi, cui sia stata affidata non la tutela, ma la curatela di un figlio o nipote, non possono far uso della facoltà di diseredare, la quale è attribuita loro dal presente paragrafo nel solo caso in cui ne siano tutori. Non porta poi alcuna differenza pratica nell'esercizio dei diritti di cui parliamo l'essere stato l'assenso della madre o degli avi al matrimonio del figlio o nipote minorenne, rifiutato, o neppure richiesto, poichè la legge non altro esige che l'ultimo risultato del non essere il medesimo stato concesso.

8. L'approvazione posteriore del matrimonio, togliendo, giusta il capoverso 3 del presente paragrafo, tanto il diritto di diseredare di cui non siasi ancor fatto uso, quanto la diseredazione già avvenuta, non ha certamente d'uopo, onde produrre il secondo effetto, che vi si faccia del medesimo particolare menzione; laonde quell'approvazione racchiude un nuovo modo di *tacita* revoca della diseredazione, sconosciuto al Codice civile (§§ 721-724). La citazione fatta nel capoverso di cui parliamo dei §§ 719 e 772 del Codice civile vuol significare, che l'approvazione posteriore del matrimonio, per cui si tolga l'avvenuta diseredazione, equivale in questo caso ad una revoca di una disposizione d'ultima volontà (§ 772), e debbe quindi farsi nei modi prestabiliti in generale a questa revoca dal Codice civile (§ 719). Questi modi sono a seguirsi, qualunque abbia ad essere il vero effetto pratico della posteriore approvazione del matrimonio. Il § 719 del Codice civile distingue la revoca di una disposizione d'ultima volontà fatta a voce, e quella fatta mediante scritto. La prima prescrive che debba avvenire alla presenza di tanti e tali testimonii, quanti e quali si richiedono per la validità del testamento nuncupativo; la seconda prescrive che si faccia mediante dichiarazione scritta e sottoscritta di propria mano dal testatore, o almeno sottoscritta da lui e dai testimonii che si richieggono pel testamento scritto (vedi §§ 578-585 del Codice civile generale). L'una o l'altra di queste forme debbono pure applicarsi all'approvazione del matrimonio d'un minorenne, di cui si discorre in questo paragrafo, e per gli effetti in esso indicati.

9. Il canone sancito nel capoverso ultimo di questo paragrafo discende dalla necessità della scrittura nella approvazione del matrimonio di cui si tratta. A noi sembra però, che ove la riconciliazione fosse constatata coll'insolito mezzo di una scrittura, ella potrebbe molto facilmente equivalere, secondo l'intenzione delle parti, e quindi anche nei civili suoi effetti, ad una vera approvazione del matrimonio.

§ 33.

Un impubero che abbia contratto matrimonio, deve venir separato dall'altra parte fino a che abbia raggiunta la pubertà.

La separazione di cui si parla in questo paragrafo deve certamente aver luogo d'ufficio. L'autorità competente ad ordinarla è, a nostro avviso, che è pur quello del dottor Maro (vedi Gazzetta dei Tribunali di Milano, 1857, pag. 446), l'istanza personale giudiziaria. Invero una consimile ingerenza d'ufficio nei rapporti dei figli di famiglia viene già concessa a tale autorità dal § 178 del Codice civile generale.

§ 34.

Se un'unione che si contrae in contravvenzione a quanto è prescritto dal § 15 dovesse per la legge canonica riguardarsi un valido matrimonio, i patti nuziali sono invalidi, ed i conjugi non possono far valere i diritti ereditarii stabiliti dai §§ 757-759 del Codice civile generale; la moglie ed i figli non possono pretendere alla nobiltà ed a qualsiasi altro diritto inerente alla condizione del marito; i figli nati da tale matrimonio, o per tal mezzo legittimati, sono esclusi dall'acquisto di quei beni che dalle disposizioni di famiglia sono specialmente riservati ai discendenti legittimi, e non hanno alcun diritto alla successione intestata nella sostanza dei consanguinei dei loro genitori, ai quali consanguinei però non

compete nemmeno da parte loro alcun diritto alla successione legittima nella sostanza di tali figli.

1. Le conseguenze sfavorevoli, le diminuzioni di diritto che il presente paragrafo fa conseguitare ai matrimonii contratti da persone cattoliche in onta al divieto civile dell'adulterio, sono una novità nella legislazione civile austriaca, un'aggiunta ed una modificazione che la nuova Legge matrimoniale introduce nel sistema dei diritti di famiglia secondo il Codice civile. Il pensiero da cui fu mosso il legislatore nello stabilirle fu quello di sanzionare in modo efficace fra i cattolici il divieto civile dell'adulterio, dacchè questo non è più attualmente pei medesimi, come lo era in virtù del Codice civile, impedimento matrimoniale dirimente. Noi non vogliamo qui indagare, se il rigore delle nuove sanzioni sia o non sia soverchio, ed in particolare eziandio, se ciò che viene stabilito intorno all'esclusione della moglie e dei figli dalla condizione del marito e del padre sia in sufficiente armonia colla perfetta legittimità del matrimonio di cui si tratta. Tutte poi le conseguenze contemplate dall'attuale paragrafo, onde abbiansi a verificare, presuppongono le due condizioni seguenti: *a*) che sia stato contratto un matrimonio senza l'osservanza del § 13 di questa Legge, e senza una dispensa civile dalla medesima; *b*) che il matrimonio così contratto non sia invalido in diritto canonico, o perchè vi osti l'impedimento canonico dell'adulterio, o perchè vi osti qualunque altro impedimento canonico dirimente.

2. Le conseguenze civili dell'inosservanza del § 13 della nuova Legge matrimoniale civile sono giusta l'attuale paragrafo le seguenti: *a*) invalidità dei patti nuziali; *b*) privazione de' conjugi dei mutui diritti di successione legittima, secondo il Codice civile; *c*) esclusione della moglie e dei figli dalla nobiltà e da ogni altro diritto inerente alla condizione del marito (e padre); *d*) esclusione dei figli nati dall'irregolare matrimonio, o mediante il medesimo legittimati, dall'acquisto dei beni di famiglia riservati, per la destinazione loro, ai soli discendenti legittimi; *e*) esclusione dei figli medesimi dalla successione legittima ai consanguinei dei loro genitori, congiunta alla reciproca esclusione di questi consanguinei dalla successione legittima a que' figli. — Vi ha una sostanziale analogia fra gli effetti civili suesposti, e quelli attribuiti dal diritto germanico ai cosidetti matrimonii disuguali (*missheirath*, *disparagium*), se non che le mogli, e i figli nati da questi matrimonii vanno privi anche del cognome del marito e del padre.

3. L'invalidità dei patti nuziali, di cui si dice in questo paragrafo, è un concetto giuridico che vuol essere precisamente determinato. L'invalidità differisce in pari tempo dalla illecitezza e dalla nullità, la quale ultima nasce in un singolo contratto dalla mancanza dei requisiti fondamentali dei contratti in genere. L'invalidità in discorso adunque non ha già per effetto che i patti nuziali siano moralmente illeciti, e quindi civilmente impossibili, oppure siano giuridicamente imperfetti, e quindi civilmente nulli, ma soltanto che i medesimi siano giudizialmente inefficaci, per riguardi di diritto pubblico. I patti nuziali di cui fa cenno questo paragrafo non mancano di forza obbligatoria fra i due conjugi, ma non possono da alcuno di loro venir fatti valere contro l'altro mediante i tribunali. Partoriscono essi una *obligatio naturalis*, non anche una *obligatio juris civilis*, mancano di conseguente azione, ed è soltanto questa azione che il presente paragrafo lor toglie. Donde consegue che chi si voglia prevalere della invalidità di quei patti deve soltanto guardarsi dal darvi esecuzione egli stesso, mentre a ciò l'altro non può costringerlo; ma, eseguiti che gli avesse, egli non potrebbe più giovarsi della *condictio indebiti*, perchè questa azione viene dal § 1432 del Codice civile rifiutata per quei debiti, onde esigere i quali la legge non nega che il diritto di promuovere l'azione.

4. Le parole di questo paragrafo: *o per tal mezzo legittimati* furono da alcuni giuristi intese come una conferma della possibilità della legittimazione dei figli adulterini, mediante susseguente matrimonio, intorno alla quale furono sempre divise le opinioni degli interpreti del § 161 del Codice civile generale. Noi pure riteniamo che fra questa quistione e quelle parole vi sia qualche attinenza, ma non precisamente nei termini testè esposti. Imperocchè la quistione agitata fra gli interpreti del Codice civile intorno alla legittimazione degli adulterini per susseguente matrimonio, suppone inevitabilmente che l'adulterio non osti come impedimento al matrimonio susseguente, nel qual caso questo sarebbe invalido secondo quel Codice (§ 67); mentre il caso di legittimazione siffatta, a cui accenna l'attuale paragrafo, suppone invece che il susseguente matrimonio sia stato contratto in onta ad un divieto civile d'adulterio, che

non è impedimento dirimente. Pertanto a noi sembra che le parole in discorso confermino bensì in modo indiretto la possibilità della legittimazione dei figli adulteri per susseguente matrimonio, nel caso in cui a questo matrimonio l'adulterio si opponga come semplice divieto matrimoniale civile, ma ciò, non che confermando, supponendo anzi implicitamente come incontrastabile una tale legittimazione in generale, quando al matrimonio l'adulterio non s'opponga, nè secondo il Codice civile, nè secondo la nuova Legge matrimoniale. Il che si accorda pienamente coll'avviso di quegli interpreti del Codice civile i quali pensano che lo stesso tenore del § 161 di quel Codice, attesa la sua generalità, indichi abbastanza l'applicabilità della legittimazione per susseguente matrimonio anche ai figli adulterini.

5. In virtù dell'articolo III della Patente di Promulgazione della presente Legge, le disposizioni dell'attuale paragrafo sono applicabili anche ai matrimonii contratti sotto il dominio della legge matrimoniale civile. Oltre alle cose già osservate intorno a questa disposizione nelle note a quell'articolo, facciamo qui notare, che la medesima discende abbastanza dal doversi decidere secondo le nuove leggi sul matrimonio anche i casi di matrimonii conchiusi da cattolici prima del cominciamento del loro vigore, il quale eccezionale principio, se non fu tenuto fermo per riguardo alle pene ed ai pregiudizii legali comminati dalla presente Legge alla inosservanza dei divieti di matrimonio di cui essa tratta, se non nel solo caso che il divieto inosservato sia quello dell'adulterio, ciò ha la sua ragione nell'equo riguardo, che quelle pene e quei pregiudizii, benchè surroghino quasi sempre la più grave conseguenza dell'invalidità del matrimonio, che sarebbe stata pronunciata secondo il Codice civile, in fatto però sono danni originariamente non prevedibili, e quindi da non infliggersi anche ad onta di quel principio, fuorchè in un caso di speciale importanza, quale è appunto quello a cui il principio in discorso venne applicato.

6. Le conseguenze civili di un matrimonio contratto in onta al § 13 della presente Legge, non possono essere impedite da alcuna dispensa posteriore al medesimo, perchè, siccome vedrassi nelle annotazioni al § 36, dai divieti di matrimonio contenuti in questa Legge, non si dà dispensa posteriore al matrimonio. Rimedio alle medesime non può essere che la grazia sovrana, giusta il disposto del § 37.

§ 35.

La contravvenzione ai divieti di matrimonio portati dalla presente legge, ad eccezione di quelli menzionati nel § 11, riguardo ai quali si procederà a norma delle speciali disposizioni in proposito vigenti, è da punirsi tanto nel reo principale come in tutti coloro che vi hanno cooperato in modo colpevole, colle stesse pene, le quali sono dalle leggi penali (§ 507 del Codice penale generale, e §§ 780 ed 781 del Codice penale militare) comminate a coloro che contraggono un matrimonio contrario alla legge, in quanto non siasi commessa un'azione soggetta a pena più grave.

Se la contravvenzione fu commessa all'estero, il tempo richiesto perchè si prescriva la contravvenzione e la pena, non incomincia a decorrere per il suddito colpevole che col giorno in cui egli ritorna negli Stati austriaci.

1. Il contenuto del primo capoverso dell'attuale paragrafo vuolsi considerare come l'estensione anche alla contravvenzione ai divieti di matrimonio, introdotti dalla nuova Legge matrimoniale, di quanto il § 507 del vigente Codice penale non istabilisce che per l'inosservanza degli impedimenti matrimoniali propriamente detti, siano poi questi civili o canonici (vedi Frühwald, *Manuale del Codice penale austriaco*, al § 507, I, 1).

2. L'eccettuazione dalle sanzioni di questo paragrafo delle contravvenzioni ai divieti contemplati dal § 11, relativi al consenso politico o dei superiori d'ufficio, ha la sua ragione in ciò, che le leggi vigenti intorno a tali consensi contengono già in sè speciali sanzioni per la loro violazione. Vuolsi qui ricordare particolarmente che il già citato (vedi annotazioni al § 11, n.° 2) Decreto del Ministero delle Finanze del 27 marzo 1857 intorno al consenso dei superiori d'ufficio al matrimonio di individui della guardia di finanza, che sono in temporanea quiescenza, nè ancora sciolti dal vincolo di servizio.

dispone che la sua inosservanza abbia le stesse conseguenze di un matrimonio contratto senza l'osservanza dei regolamenti, durante il servizio attivo. Vuolsi del pari avvertire che la nuova Legge sul completamento dell'esercito del 29 settembre 1858, dopo aver data nel § 8 la disposizione, da noi già citata (annotazioni al § 11, n.º 3) intorno al matrimonio di coloro che non hanno ancora superata la seconda classe di coscrizione, soggiunge nel § 44 (capoverso 3), che « chi si ammogli, trasgredendo il divieto contenuto nel § 8, viene arruolato senza estrazione a sorte nella propria classe di età, e, » nel caso d'inabilità, viene punito secondo il § 35 della Legge sul matrimonio dei cattolici, e secondo il § 507 del Codice penale generale (1). Contro quelli poi che colpevolmente cooperano a matrimonio proibito, deve infliggersi una multa a vantaggio » del fondo dei poveri, sino a fiorini 100, valuta austriaca, oppure, secondo le circostanze, l'arresto fino ad un mese, nel caso in cui essi, quali impiegati al servizio dello » Stato, non potessero punirsi secondo le prescrizioni di servizio. » Nè solamente per le contravvenzioni alle leggi vigenti intorno al consenso politico al matrimonio vi sono pene speciali, ma le medesime, in forza di un Decreto Ministeriale del 18 dicembre 1852, devono eziandio, quali contravvenzioni ad una prescrizione politica, essere punite dalle sole autorità politiche.

3. Reo principale di una contravvenzione a qualsivoglia divieto di matrimonio non può essere che l'uno o l'altro, o ciascuno degli sposi. Condizione essenziale di questa reità si è, che l'esistenza del divieto sia stata conosciuta dal contravventore, al che non può equivalere una ignoranza, per quanto scusabile, di diritto o di fatto. Ciò discende dal carattere della reità in generale, nei rapporti penali, ed è peculiarmente confermato dal § 507 del Codice penale, a cui l'attuale paragrafo si riporta, e il quale espressamente si riferisce alla sola inosservanza di impedimenti matrimoniali conosciuti (2) (vedi Frühwald, loc. cit.)

4. Non ispiega questo paragrafo, secondo qual legge giudicare si debba intorno alla colpevole cooperazione, di cui esso fa cenno. Noi siamo d'avviso che se ne debba giudicare secondo i principii coi quali il vigente Codice penale regola in generale la correità nelle contravvenzioni, e quindi, in virtù del § 239 del medesimo, secondo i principii stabiliti da esso Codice (§§ 5 e 6) intorno alla correità nei crimini, avuto specialmente riguardo, giusta lo stesso paragrafo, a quelle eccezioni da tali principii, che fossero suggerite dall'indole peculiare della contravvenzione di cui si discorre. Invero, ciò ne pare conseguiti dalla relazione che abbiamo già notata (n.º 1) fra l'attuale paragrafo e il § 507 del vigente Codice penale, per cui il primo non è altra cosa che una estensione del secondo, ed inoltre riceva conferma, per via d'analogia, da ciò che anche riguardo alla prescrizione delle contravvenzioni di cui tratta, l'attuale paragrafo si riporta, in modo implicito sì, ma chiaro abbastanza (vedi più avanti n.º 8), alle disposizioni del vigente Codice penale intorno alle contravvenzioni. Pertanto, noi opiniamo che la colpevole cooperazione alle contravvenzioni ai divieti di matrimonio si distingua in *correità*, *partecipazione o complicità*, e *favoreggiamento*, secondo il significato attribuito a queste parole dai §§ 5 e 6 del Codice penale, che concernono i crimini, e che secondo questo significato si debba decidere nella pratica. Non riputiamo invece applicabile alle contravvenzioni in discorso il § 7 del Codice penale, e ciò, usando della sovraccennata clausola del § 239 del medesimo, perchè l'indole di quelle è manifestamente incompatibile con una cooperazione mediante stampati.

5. Non si possono determinare in astratto tutte le persone e le maniere, dalle quali e colle quali può incorrersi nella correità, complicità, e favoreggiamento delle contravvenzioni di cui parliamo. Giova però avvertire che ponno commettere correità nelle medesime quei genitori, tutori o curatori i quali abusino dell'autorità loro sulle persone che rappresentano, per indurle a contrarre irregolari matrimonii (vedi Schulte, op. cit., ediz. ital. Milano 1858, pag. 187), o per ingannarle intorno a questa irregolarità. Anche i testimonii a matrimonii contratti coll'inosservanza di qualche divieto, ed i sacerdoti, i quali si prestino alla conchiusione di matrimonii siffatti, incorrono nella correità della relativa contravvenzione. Riguardo ai sacerdoti in particolare, questa asserzione è fondata nell'avere i medesimi obbligo di cooperare all'osservanza dei divieti matrimoniali, stabiliti dalla legge civile (vedi Istruz., § 69). Così opina anche lo Schulte

(1) Avvertasi che questo passo di legge ha l'effetto di rendere applicabile, in un caso speciale, a *tutti i sudditi dell'impero*, e non ai soli cattolici, il § 35 della nuova Legge matrimoniale civile *pei cattolici*.

(2) Nelle parole con cui comincia: *chi contrae matrimonio, dissimulando un impedimento legale da lui conosciuto.*

(op. cit., pag. 186). E sembra che a cagione appunto dell'applicabilità dell'attuale paragrafo anche ai sacerdoti, i quali cooperino alle contravvenzioni da esso contemplate, prestando la loro assistenza ad irregolari matrimonii, non si trovi nella presente Legge fatto alcun cenno delle pene comminate ai curati dai §§ 74 e 78 del Codice civile, per l'inosservanza di alcuni provvedimenti intorno al matrimonio. dati da quei paragrafi, e non ommessi nella presente Legge (§ 21).

6. Il già citato § 239 del Codice penale, dichiarando applicabili anche alle contravvenzioni i §§ 5-11 intorno ai crimini, induce a far ammettere così per le contravvenzioni, come pei crimini, l'attentato punibile di cui trattano i §§ 8 e 9 di esso Codice. In conseguenza di ciò, appare sulle prime doversi ritenere, che anche delle contravvenzioni ai divieti di matrimonio, contemplate dall'attuale paragrafo, si dia attentato punibile. Siccome però il medesimo § 239 dispone in generale, che nel trasferire alle contravvenzioni le disposizioni del Codice penale relative ai crimini, si debba aver riguardo alle eccezioni per avventura suggerite dalla natura della contravvenzione, così la punibilità dell'attentato delle contravvenzioni speciali di cui parliamo, non può ammettersi senza discussione. Nostro avviso si è, che le pene comminate dall'attuale paragrafo alle contravvenzioni ai divieti di matrimonio non lo siano anche all'attentato delle medesime, ed abbia qui luogo appunto una delle eccezioni accennate dal § 239 del Codice penale. Invero tali pene, sconosciute all'anteriore legislazione, hanno la loro ragione nella peculiare indole dei divieti di matrimonio, la inosservanza dei quali non può mai cagionare la nullità del conchiuso matrimonio, di guisa che, ove mancassero anche siffatte speciali sanzioni, essi divieti rimarrebbero del continuo esposti ad impuni violazioni, contro la volontà del legislatore; e pertanto, siccome surrogato di conseguenze pregiudizievoli, che non furono congiunte al matrimonio già conchiuso, quelle pene non sono applicabili del pari che ad una contravvenzione perfezionata colla conchiusione del matrimonio, non anche ad una semplicemente attentata.

7. La pena comminata dal § 507 del Codice penale, ed applicata ora anche alle contravvenzioni ai divieti di matrimonio, consiste nell'arresto rigoroso da tre a sei mesi, da infliggersi al seduttore con maggior rigore. L'arresto viene inasprito quando siasi occultato l'impedimento all'altra parte. Le azioni punibili poi con pena più grave dell'anzidetta, delle quali si fa cenno in sul finire del primo capoverso dell'attuale paragrafo, si intendono crimini o delitti commessi mediante lo stesso matrimonio, cui già osti d'altronde un divieto di matrimonio, quali possono essere: l'incesto (§ 131 Codice penale), il matrimonio tra fratelli e sorelle (§ 501 ibid.), e il ratto (§ 97 ibid.) [1]. Commettendosi alcuna di queste più gravi azioni, la pena da infliggersi non può più essere quella delle contravvenzioni ai divieti di matrimonio, ma sibbene quella di tale azione istessa, in forza di quanto il vigente Codice penale (§§ 34, 35, 267 Codice penale) dispone intorno alla punizione di chi commise più azioni punibili, disugualmente gravi.

8. Non dice il secondo capoverso del presente paragrafo quale tempo sia propriamente richiesto alla prescrizione delle contravvenzioni di cui esso si occupa. Noi siamo d'avviso che il tempo di questa prescrizione si debba desumere dal disposto del vigente Codice penale intorno alla prescrizione delle contravvenzioni in generale. Per verità, se non si professa questa opinione, riesce impossibile determinare altrimenti quel tempo, la cui misura dipende di sua natura dal solo arbitrio del legislatore, e questi apparrebbe quindi aver lasciato nella sua disposizione una lacuna, discernibile al primo aspetto. Ora il vigente Codice penale dispone (§ 532) che la prescrizione delle contravvenzioni da esso contemplate si faccia in tre mesi, se la pena consiste nell'arresto di primo grado, senza inasprimento; in sei mesi, se la pena consiste nell'arresto di primo grado con inasprimento, e si faccia invece in un anno, se la pena è più grave di quelle due. Quest' ultimo termine di prescrizione conviene manifestamente alle contravvenzioni ai divieti di matrimonio, attesa la pena dell'arresto *rigoroso* [2] alle medesime comminata; queste pertanto si prescrivono nel termine di un anno. — Quanto poi il secondo capoverso del presente paragrafo dispone sul giorno da cui

[1] Il traduttore italiano nell'opera di Schulte, più volte da noi citata, confuta pienamente (pag. 185 in nota) l'asserto di questo autore, che la violazione del divieto di matrimonio contenuto nel § 4 della presente Legge, possa ritenersi stupro secondo il § 127 del Codice penale. Osserva quegli con ragione, che, mentre il matrimonio, ad onta di tale violazione, rimane legittimo, secondo l'attuale diritto matrimoniale (vedi annot. al § 4 di questa Legge) questa legittimità è incompatibile col concetto legale dello stupro.

[2] Detto anche di secondo grado, § 245 del Codice penale.

la prescrizione incomincia, discende direttamente dall'essere le contravvenzioni di cui esso parla, punibili, benchè commesse in estero Stato, sicchè niun effetto possono naturalmente produrre nel nostro Stato, prima che il delinquente vi sia ritornato. L'ugual principio deducesi certamente dai §§ 235 e 532 del Codice penale, per tutte le contravvenzioni in generale, benchè non si trovi in quel Codice espressamente confermato.

§ 36.

La dispensa degli impedimenti al matrimonio stabiliti dalla legge canonica, deve chiedersi al potere ecclesiastico. Le autorità ecclesiastiche decidono se sia necessaria una convalidazione del matrimonio. Un matrimonio convalidato è, rispetto agli effetti di diritto civile, da riguardarsi come se fosse stato conchiuso validamente fino dall'origine.

1. Essendo oggidì desunta dal solo diritto canonico la dottrina degli impedimenti al matrimonio dei cattolici, e limitandosi il legislatore civile a stabilire meri divieti di matrimonio, era conseguente che la presente Legge rimettesse la dispensa dai primi al solo potere ecclesiastico, a differenza di quanto dispone il § 83 del Codice civile. Tale è il senso della disposizione con cui il presente paragrafo incomincia, comprendendosi nelle parole: *impedimenti al matrimonio stabiliti dalla legge canonica*. tutti quanti gli impedimenti matrimoniali propriamente detti, vigenti oggidì per gli abitanti cattolici dell'impero. Le disposizioni poi del diritto canonico intorno alle dispense dagli impedimenti matrimoniali si trovano raccolte nei §§ 79-87 dell'Istruzione.

2. L'attribuzione che questo paragrafo fa della facoltà di decidere intorno alla necessità della convalidazione dei matrimonii, alle sole autorità ecclesiastiche, è pure in istretta colleganza coi principii vigenti oggidì nell'impero intorno al matrimonio dei cattolici. Imperocchè, se la sola autorità ecclesiastica può decidere in generale sulla validità di questi matrimonii, deve pure spettare ad essa sola il decidere sulla convalidazione dei medesimi, una volta invalidi. Questa conclusione è pur confermata da quanto è disposto intorno all'esclusivo diritto di quella autorità di dispensare dagli impedimenti al matrimonio, dacchè la dottrina della convalidazione è nel diritto matrimoniale canonico connessa con quella delle dispense (vedi i §§ 88 e 94 dell'Istruzione). Le anteriori disposizioni, oggidì abrogate, intorno alla convalidazione del matrimonio dei cattolici sono contenute nel § 88 del Codice civile, e le canoniche, ora vigenti, trovansi raccolte nei §§ 88-94 dell'Istruzione. Non esprime poi l'attuale paragrafo che la convalidazione, ordinata dalle autorità ecclesiastiche, e quindi nel caso in cui ostino al matrimonio impedimenti ecclesiastici, sia oggidì la sola possibile; ma ciò è evidente per ognuno, il quale si ricordi, che soli impedimenti ecclesiastici possono oggidì nello Stato austriaco invalidare un matrimonio di persona cattolica, non mai divieti di matrimonio stabiliti dalla legge civile. E qui non vogliamo omettere di avvertire, come affatto erroneamente si apponga il dottor Maro (loc. cit., pag. 445), annoverando fra i divieti di matrimonio il principio proclamato nel § 11 di questa Legge, dell'impossibilità del matrimonio di persona conjugata, col che egli verrebbe ad ammettere che uno fra quei divieti abbia propriamente l'effetto di invalidare il matrimonio. Il sussistente vincolo matrimoniale non è divieto matrimoniale civile, ma impedimento canonico dirimente, cui la presente Legge non ha fatto che ripetere e confermare, siccome abbiamo già avvertito nelle annotazioni al § 22 (n.° 1); nè il legislatore, il quale suol parlare distintamente di *divieti di matrimonio*, e di *impedimenti matrimoniali*, si aspettò certamente che in un singolo caso, quale è quello di detto paragrafo, non fosse infallibile contrassegno di un vero *impedimento* il trovarsi la relativa disposizione totalmente desunta dal diritto canonico ([1]).

([1]) I divieti di matrimonio, contenuti nella presente Legge, si riferiscono unicamente: alla restrizione della libertà di maritarsi per l'età immatura, o per altre qualità degli sposi, parificate a quella (§§ 4-9), — al rapporto di servizio militare (§ 10), — al consenso dell'autorità politica, o dei superiori d'ufficio (§ 11), — alla condanna per crimine (§ 12), — all'adulterio anteriormente avvenuto fra gli sposi (§ 13), — alla produzione dei necessari documenti (§ 21), — alla denunzia (§§ 14-17), — alla forma della dichiarazione del consenso mediante procuratore (§ 20), — alla pendenza della sentenza contemplata dal § 46 fra conjugi dei quali l'uno appartiene ad una Chiesa acattolica, e l'altro passò da questa al cattolicismo, — all'osservanza del tempo di vedovanza (§ 76).

3. L'efficacia attribuita alla convalidazione di un matrimonio dal terzo periodo dell'attuale paragrafo, per gli effetti civili del matrimonio, è la stessa attribuitagli dal diritto canonico (vedi § 94 dell'Istruz.) per gli *effetti ecclesiastici* del medesimo, e per tutti gli effetti del matrimonio, senza distinzione, è riconosciuta pure dal § 88 del Codice civile. L'attribuzione degli effetti civili ad un matrimonio convalidato, fino dalla sua origine, è una conseguenza del considerarsi valido il matrimonio medesimo fino da tal epoca, e quest'ultimo effetto è inseparabile dal concetto stesso della convalidazione. Le obbiezioni che alcuni giuristi (vedi Dolliner, op. cit., vol. II, § 108) hanno mosso alla prima regola, sono quindi infondate, in tanto che essi nulla obbiettano all'istituto medesimo della convalidazione. Tra gli effetti però della convalidazione deve annoverarsi al certo anche quello della cessazione di tutte le conseguenze penali che la legge per avventura apponga all'inosservanza dell'impedimento, che fu causa dell'invalidità del matrimonio. Questo principio venne già allegato da Dolliner (luogo cit., n.° 2) onde rispondere negativamente alla domanda: se l'illegittimità dei figli, pronunciata dal § 160 del Codice civile, nei casi da esso contemplati, ed ora non più riconosciuti pei cattolici dal § 50 della presente Legge, stia, anche se in quei casi abbia avuto luogo una convalidazione del matrimonio mediante dispensa. Ma il principio medesimo non potrà mai al certo allegarsi onde sottrarre un matrimonio convalidato alle conseguenze penali dell'inosservanza di qualsivoglia divieto matrimoniale, che in origine gli ostava, accanto all'impedimento canonico che lo rese invalido, appunto perchè quel divieto non concorse per nulla a questa invalidità, ed i suoi effetti sono del pari affatto indipendenti da quelli dell'impedimento dirimente.

4. Il presente paragrafo non ordina l'iscrizione della convalidazione nel registro dei matrimonii, come la ordina il § 88 del Codice civile. La ragione di tal silenzio è probabilmente l'impossibilità dell'iscrizione di quelle convalidazioni, che hanno luogo in segreto fra i soli conjugi (vedi Istruz., § 89), le quali tuttavia non si rifiutano di loro natura alla prova, ed hanno la stessa efficacia giuridica delle convalidazioni palesi. L'incompatibilità della prescritta iscrizione della convalidazione colla possibilità delle convalidazioni segrete venne già notata dagli interpreti del § 88 del Codice civile (vedi Dolliner, op. cit., vol. II, § 109). Cessato pei cattolici l'obbligo di tale iscrizione, non è nemmeno più possibile riguardo ai medesimi la quistione ventilata dagli interpreti del § 88 del Codice civile (vedi Dolliner, op. cit., § 108, n.° 1): se una convalidazione, la quale di sua natura può venire iscritta, abbisogni di questa iscrizione, come di condizione indispensabile, onde produrre i civili suoi effetti.

§ 37.

La dispensa dai divieti contenuti nei §§ 4, 12 e 13 è riservata al Sovrano. Anche ad un matrimonio conchiuso in contravvenzione al § 13, gli effetti di diritto civile ricusatigli dalla legge possono essere in tutto od in parte attribuiti posteriormente solo dalla grazia Sovrana.

1. Come il paragrafo precedente si occupa della dispensa dell'Autorità ecclesiastica dagli impedimenti matrimoniali canonici, così il paragrafo attuale, e propriamente, il primo allinea del medesimo, congiunto al già illustrato § 21, ed ai successivi §§ 38-40, 76, esaurisce la materia delle dispense dell'autorità civile dai divieti di matrimonio, stabiliti dalla presente Legge. In verità i passi di legge testè menzionati non regolano che la dispensa dai divieti contenuti nei §§ 4, 12, 13, e nulla dicono intorno alla dispensa da tutti gli altri. Ma vuolsi riflettere che la dispensa dai divieti relativi alla minorennità, allo stato militare, al consenso politico, e a quello dei superiori d'ufficio non è possibile, attesa l'indole istessa di questi divieti, i quali non nascono propriamente, come gli altri, da una circostanza di fatto, cui la legge attribuisca in generale l'efficacia di impedire il matrimonio, ma piuttosto dal mancato adempimento di obblighi positivi imposti dalla legge a certe persone volenti contrarre matrimonio, e dall'adempimento dei quali egli è assurdo che le medesime possano venire dispensate. Locchè viene confermato dal riflesso, che in qualche caso la legge, non avendo ammesso dispensa da un singolo divieto di matrimonio, provvide però con altri mezzi a rendere quest'ultimo meno duro; ciò accade, per esempio, riguardo al divieto nascente dallo stato di persona soggetta a patria podestà, od a tutela, o cura, per l'accordato rimedio (§ 8 di questa Legge) contro l'ingiusto rifiuto del padre o del giudice a consentire al matrimonio.

2. La dispensa tanto dai divieti di matrimonio, di cui parla questo paragrafo, quanto da tutti gli altri pei quali ella è ammessa, non ha luogo che prima della conchiusione del matrimonio. Posteriormente a questa, essa è inammissibile. Invero, come l'inosservanza di un divieto qualunque di matrimonio non può mai invalidar questo, così la dispensa dal medesimo non può mai essere adoperata onde convalidare un matrimonio. Nemmeno per ovviare alle pregiudizievoli conseguenze di quella inosservanza, tale posteriore dispensa può desiderarsi; imperocchè unico mezzo legale onde sottrarsi ad una pena incorsa è, secondo le vigenti leggi, quello straordinario della grazia sovrana.

3. Il secondo alinea del presente paragrafo contiene una conferma della regola stabilita nel numero precedente: potere il solo Sovrano restituire ad un matrimonio contratto in contravvenzione a qualcuno dei divieti matrimoniali, stabiliti da questa Legge, quegli effetti civili che, per tale cagione, esso avrebbe perduto l'efficacia di produrre. Il passo di legge di cui ora discorriamo non esclude già che le civili conseguenze dell'inosservanza di un matrimoniale divieto si possano impedire prima ancora che il matrimonio abbia luogo, mediante la stessa dispensa dal divieto, esso piuttosto non fa che sceverare da questo caso, in cui il divieto non fu ancora inosservato, nè il matrimonio conchiuso, quello in cui l'una e l'altra cosa già avvennero, e per l'ultimo unicamente dà norma, confermando implicitamente pel primo quell'efficacia della dispensa. Codesta nostra osservazione appare ancor più fondata, ove si confronti l'attuale redazione del paragrafo, che commentiamo, con quella anteriore al luogotenenziale Decreto 26 dicembre 1857 ([1]).

§ 38.

A quegli sposi, i quali possono giustificare che l'Autorità ecclesiastica li ha dispensati dalla seconda e terza denuncia, può l'Autorità di circolo (Delegazione), e nei luoghi dove una tale non esiste, anche l'Ufficio distrettuale, accordare la dispensa dalla seconda e dalla terza delle pubblicazioni prescritte da questa legge.

1. Avendo questa Legge stabilito proprie norme intorno alla denuncia del matrimonio dei cattolici, da osservarsi in un colle norme canoniche, dovette anche fornire speciali regole intorno alla dispensa civile dalle prime, da osservarsi non meno di quelle canoniche intorno alla dispensa ecclesiastica dalle seconde. Cotali regole sono contenute nel presente paragrafo e nei due successivi. In sostanza le disposizioni della presente Legge intorno alla dispensa dalle pubblicazioni sono identiche a quelle del Codice civile (§§ 85-87) sullo stesso argomento, se non che, mentre nel Codice civile non vi ha che una sola dispensa dalle pubblicazioni, quella civile, nella nuova Legge matrimoniale invece se ne distinguono due, una civile, l'altra canonica, e la seconda, deve, giusta l'attuale paragrafo, essere già ottenuta, onde si possa conseguire la prima. Le regole canoniche intorno alla dispensa dalle pubblicazioni si trovano raccolte nei §§ 82-85 dell'Istruzione, e trovansi nella più perfetta armonia con quelle di questa Legge, siccome anche in seguito si potrà constatare.

2. Tutte le regole contenute nel paragrafo presente e nei successivi, intorno alla dispensa civile dalle pubblicazioni, vogliono essere rigorosamente osservate onde ottenerla. Una dispensa dalle pubblicazioni conceduta irregolarmente, oppure fondata su dati falsamente esposti, o *sorretta*, benchè non possa oggidì più invalidare il matrimonio di un cattolico, intorno al che diversamente opinano invece gli interpreti del Codice civile (conf. Stubenrauch, op. cit., ai §§ 85-87 del Codice civile, n.º 8), lascia tuttavia certamente sussistere il divieto relativo alla denuncia, con tutte le conseguenze che il § 55 di questa Legge gli attribuisce. Le regole però da seguirsi nella domanda e nella concessione delle dispense civili dalla denuncia, non possono essere desunte da altra fonte che dalla presente Legge, e vuolsi in particolare ritenere inapplicabile oggidì, come avverte anche il Kutschker (op. cit., vol. IV, pag. 64), il Decreto della Cancelleria Aulica del 10 dicembre 1807, intorno alla cooperazione ed all'ingerenza dei par-

([1]) Questo Decreto introdusse molte correzioni nella primitiva traduzione delle nuove Leggi austriache sul matrimonio dei cattolici.

rochi nella compilazione delle domande di dispensa dalla denuncia, dirette all'autorità secolare ([1]).

3. Distingue questa Legge, al pari del Codice civile, la dispensa dalla seconda e terza pubblicazione, e quella da tutte e tre le pubblicazioni. Di quest' ultima occupansi i due seguenti paragrafi, della prima occupasi il paragrafo attuale. Le autorità, alle quali il presente paragrafo attribuisce il potere di dispensare dalla seconda e terza pubblicazione, differiscono da quelle cui lo stesso potere è attribuito nel § 85 del Codice civile, che sono: la Luogotenenza, e le RR. Delegazioni. Eziandio differisce il presente paragrafo dal succitato del Codice civile, in ciò, che nel primo non trovansi, come nel secondo, prescritti *gravi motivi* alla dispensa dalla seconda e terza pubblicazione per parte dell'autorità secolare. Siffatta ommissione non vuol già significare che in questa dispensa tali motivi non siano ora più richiesti pei cattolici, ma essa è al contrario puramente accidentale, e deve essere supplita dall'interpretazione giurisprudenziale, nel senso che i medesimi siano al presente ancora necessarii così pei cattolici, come per tutti gli altri sudditi dell'impero. In vero ogni dispensa, come eccezionale concessione, non può essere conceduta per motivi lievi, e il non esigere questi ultimi, volendo ammettere la prima, involgerebbe contraddizione; oltracciò, non può vedersi ragione per cui il legislatore abbia di proposito condonati nella dispensa dalle due ultime pubblicazioni i *gravi motivi* voluti dal Codice civile, mentre, uniformandosi invece a questo stesso Codice, egli ha richiesto (§ 39 di questa Legge) *motivi di singolare gravità, od urgenti* per la dispensa da tutte le pubblicazioni. Nè potrebbe dirsi con fondamento, che nel primo di questi due casi il legislatore passò in silenzio il bisogno di motivi gravi per la dispensa civile, per la ragione che tali motivi sono già richiesti per la dispensa canonica (Istruz., § 82); giacchè, per una consimile ragione (vedi i §§ 83, 84 dell'Istruz.), il legislatore avrebbe dovuto nel caso secondo passare sotto silenzio il bisogno di motivi di singolare gravità, il che non ha fatto ([2]).

4. Motivi gravi per la dispensa dalla seconda e terza pubblicazione possono essere: 1.° il cambiamento prossimo del domicilio degli sposi; 2.° l'imminente viaggio di uno degli sposi; 3.° l'indecisione degli sposi a cagione di differenze di età, o di condizione; 4.° la prossimità dello sgravamento della sposa; 5.° il bisogno di prevenire maggiori dispiaceri; 6.° peculiari relazioni famigliari, od economiche; 7.° la vicinanza del tempo sacrato (Helfert, *Guida per gli affari ecclesiastici*, terza edizione, § 105. Vedi anche Dolliner, op. cit., vol. II, § 94, n.° 1; Mattei, op. cit, al § 87 n.° 3; Stubenrauch, op. cit., ai §§ 85-87, n.° 2). Il decidere però intorno alla presenza di gravi motivi è affatto libero al giudice; ma vuolsi ricordare che un Decreto Aulico del 7 luglio 1783 ammonisce che non si accordino dispense dalle pubblicazioni che in *occasioni veramente importanti*, ed esistendo un *vero pericolo* nella dilazione.

5. Il modo in cui deve concepirsi la domanda di dispensa dalle pubblicazioni, dirette all' autorità secolare, non è determinato da alcuna legge positiva, ma discende abbastanza dall'indole del suo oggetto. In essa deve chiarirsi per chi la dispensa venga domandata, se per la sposa, o per lo sposo, dove gli sposi abbiano il loro domicilio, e da quanto tempo; se essi siano minorenni, o maggiorenni, e nel primo caso, se il loro matrimonio sia stato approvato da coloro cui ne spetta per questa Legge il diritto; trattandosi di persone militari, o di certe persone, o di certi impiegati dello Stato, se essi abbiano ottenuto il consenso al matrimonio dall'autorità militare, dalla competente magistratura, o dai superiori d'ufficio; se i petenti siansi già trovati in istato conjugale; se essi non siano per avventura congiunti fra di loro in un grado proibito. Intorno a tutti questi punti devonsi esibire valide testimonianze, o documenti rilasciati dalle autorità competenti, in guisa che chi deve dispensare dalla denuncia, possa andar persuaso della mancanza di qualsiasi impedimento al matrimonio di cui si tratta. E perchè non difettino gli sposi dei necessarii lumi nel redigere, secondo le anzidette regole, la domanda di dispensa, egli è bene, che, specialmente nei casi di speciale urgenza, i

([1]) È pertanto da rigettarsi, come infondata nella presente Legge l'opinione dell'abate Nardi (*Diritto matrimoniale cattolico*, ecc., pag. 196) che le Curie si possano attualmente incaricare del conseguimento della dispensa civile dalle pubblicazioni, dopo che fu già ottenuta l'ecclesiastica, in nome e luogo degli sposi.

([2]) Pertanto deve essere riputata affatto erronea l'opinione dei dottori Orefici o Lazzarini (op. cit., pag. 368), che « la dispensa civile dalle due denuncie si otterrà dietro la *semplice* dimostrazione di averne ottenuta la dispensa ecclesiastica, abbenchè nel caso concreto il matrimonio dovesse pubblicarsi per disposizione della legge civile in luoghi ulteriori a quelli stabiliti dalla legge ecclesiastica. »

parrochi medesimi ne gli ammoniscano ed istruiscano, ed in particolare eziandio confermino le esibite prove, assicurando: non constare ad essi, dietro ponderato esame, l'esistenza di alcun legale impedimento al matrimonio dei supplicanti. Questa pratica venne anche effettivamente suggerita ai parrochi della Stiria, da Decreto di quel Governo, in data del 27 febbrajo 1805 (vedi Dolliner, op. cit., vol. II, § 93, n.° 1).

6. La scelta dell'autorità di circolo (Delegazione), oppure dell'Autorità distrettuale, cui, secondo il presente paragrafo, deve domandarsi la dispensa dalla seconda e terza pubblicazione, è determinata in ogni singolo caso dal domicilio o dalla dimora di chi vuol fare la domanda, perchè tale è in generale il fondamento per decidere a quale autorità politica qualunque sia sottoposta una persona (Decreto Aulico del 23 novembre 1815). La determinazione dei luoghi, nei quali le pubblicazioni devono avvenire, non ha quindi alcun rapporto con quella delle autorità secolari competenti a dispensare dalle medesime (Dolliner, luogo. cit. n.° 8). In virtù di questo stesso principio, se ciascuno degli sposi è sottoposto ad una autorità di circolo, o distrettuale, diversa da quella dell'altro, ognuno di essi deve pure chiedere la necessaria dispensa dalle pubblicazioni presso l'autorità per lui competente. Questa norma è confermata anche da un Decreto Governativo pubblicato in Vienna il 2 maggio 1811 (Dolliner, luogo. cit., § 92, n.° 7) [1]. Una dispensa civile dalle pubblicazioni, ottenuta da una autorità incompetente, o non da tutte le autorità competenti, benchè non possa nemmeno domandarsi, in base a questa Legge, se lasci invalido il matrimonio, come lo domandano invece gli interpreti del Codice civile, è però al certo insufficiente, e, non salvando i conjugi da inosservanza del divieto di matrimonio, relativo alla denuncia, li sottopone alle conseguenze penali comminate dal § 35 di questa Legge.

7. Il presente paragrafo non autorizza espressamente l'autorità comunale alla dispensa dalla seconda e terza pubblicazione, in casi di molta urgenza, ma questa autorizzazione le venne data dall'Ordinanza dei Ministeri dell'Interno e del Culto del 10 luglio 1857, valida per tutti i paesi della Corona, tranne il regno Lombardo Veneto, la Dalmazia, ed i Confini Militari, in quei luoghi, nei quali l'autorità comunale è in vece dell' ufficio distrettuale incaricata della condotta degli affari politici. Nella Lombardia dove pure le autorità comunali sono da legge particolare (vedi note al § 39, n.° 6) autorizzate a dispensare da tutte e tre le pubblicazioni, in casi urgentissimi, deve pure spettar loro in tali casi la dispensa dalla seconda e dalla terza pubblicazione, per logica interpretazione. Ciò invero discende dal noto aforismo: *qui potest plus, potest etiam minus*, e perchè la legge, nell'avere accordato una volta all'autorità comunale il potere di dispensare dalle pubblicazioni, non ha fatto certamente che obbedire alla necessità, la quale deve essere egualmente obbedita in tutti i casi in cui si presenti (conf. Dolliner, op. cit., vol. II, § 95, n.° 4).

§ 39.

La totale dispensa della denuncia in quanto è richiesta dalla presente legge può essere accordata per motivi assai gravi dal Dicastero politico del Dominio, nei casi di speciale urgenza anche dall'Autorità di circolo (Delegazione), od ove un riconosciuto pericolo di vita non soffra indugio, anche dall' Ufficio distrettuale, ovvero dall'Autorità comunale che ne fa le veci.

Gli sposi deggiono per altro dichiarare con giuramento avanti al Parroco, ed ove sia possibile, alla presenza di un impiegato politico, non essere loro noto alcun impedimento che sia d'ostacolo al loro matrimonio.

1. La concessione della dispensa da tutte e tre le pubblicazioni, siccome di sua natura più grave di quella della dispensa dalle sole due ultime, viene dal primo capoverso del presente paragrafo attribuita di regola ad autorità di rango più elevato di quelle accennate nel paragrafo precedente, e soltanto in caso di pericolo di vita, per

[1] Questo decreto dice: « se di due sposi uno venne dispensato dalla denuncia, ciò non importa che anche l' altro lo sia, benchè nella denuncia di quest'ultimo venga nominato anche il primo già dispensato, ma, al contrario, devono i parrochi esaminare se ambedue le parti ottennero la dispensa. »

necessità (vedi la nota al paragrafo precedente), si concede anche alla immediata superiorità locale. La stessa massima trovasi adottata per la dispensa totale dalle pubblicazioni nel § 86 del Codice civile, il quale nomina eziandio le stesse autorità che sono dichiarate competenti dal presente paragrafo. Differiscono però l'attuale paragrafo e il § 86 del Codice civile in ciò che il primo fa corrispondere all'intervento delle diverse autorità che nomina, una diversa gravità del caso, mentre l'uguale provvedimento non trovasi nel secondo.

2. Non dice espressamente questo paragrafo che, anche per ottenere dall'autorità civile una totale dispensa dalle pubblicazioni, debbasi, come per ottenerla dalla seconda e dalla terza, giustificare di aver già conseguita la medesima dispensa dall'autorità ecclesiastica. Ma questo requisito, accidentalmente ommesso, non vuolsi riputare meno necessario nei casi di cui si occupa l'attuale paragrafo, che nei casi del paragrafo antecedente; perchè negli uni e negli altri discende dal bisogno di accordare fra loro nella materia delle dispense dalle pubblicazioni, il diritto canonico e la legge civile. Così opina anche lo Schulte (op. cit., edizione italiana, pag. 193). Noi però non accediamo all'opinione emessa da questo autore (citato da Kutschker, op. cit., vol. IV, pag. 59), che, in caso di un vicinissimo pericolo di vita, possa il parroco congiungere in matrimonio una persona, ommesse le denuncie e la dispensa dalle medesime divenute impossibili, in quanto questa opinione, fondata forse nel diritto canonico, vogliasi estendere anche alle denuncie, ed alle dispensa dalle denuncie, volute dalla legge civile [1]. Noi conveniamo invece col Kutschker (op. cit., vol. IV, pag. 64) che un tacito permesso di matrimonio, da parte dell'autorità secolare, senza dispensa dalle denuncie, non possa ammettersi nemmeno nei cosidetti matrimonii *in extremis*. Le disposizioni del diritto canonico intorno alla dispensa totale dalle pubblicazioni sono contenute nei già citati §§ 82-85 dell'Istruzione.

3. Si applicano anche alla dispensa da tutte e tre le pubblicazioni le cose da noi già avvertite nelle note (5 e 6) al paragrafo precedente sul modo di concepire la domanda di dispensa, e sul modo di determinare l'autorità competente nei singoli casi ad accordarla.

4. Come abbiamo già fatto notare nella nota 1, il presente paragrafo esige un diverso grado di gravità per l'intervento di ciascuna delle autorità da esso distinte, ad accordare la totale dispensa dalle denuncie. Mentre questa dispensa è ordinariamente accordata dal Dicastero politico del Dominio, può essere invece accordata anche dall'autorità di circolo in casi di speciale urgenza, e dall'ufficio distrettuale, ovvero dall'autorità comunale, nei casi di riconosciuto pericolo di vita. Non vuolsi però confondere la qualità del caso in cui si richiede la dispensa in discorso, con quella dei motivi pei quali essa può venire accordata. Questi motivi devono essere sempre assai gravi, qualunque sia l'urgenza del bisogno della dispensa, e qualunque l'autorità da cui la si richieda. Imperocchè l'esigenza di tali motivi, fatta in sul principio del presente paragrafo, in modo affatto generale, si riferisce necessariamente a tutti i casi dal medesimo distinti; e lo stesso avviso concorda inoltre col disposto del diritto canonico, il quale (Istruz., § 82) non acconsente la dispensa ecclesiastica da tutte le pubblicazioni, che in casi sempre urgentissimi.

5. Il pericolo di vita, allegato per ottenere una totale dispensa dalle pubblicazioni, deve, giusta il capoverso 1 del presente paragrafo, essere *riconosciuto*. Come debba aver luogo questo riconoscimento, non dice la legge, ma pare che lo si possa mediante periti, cioè medici, chirurghi e levatrici (Dolliner, op. cit., § 95, n.° 3). Osserva però giustamente il Pachmann (citato da Kutschker, op. cit., pag. 66), che nella scelta dei mezzi di convinzione in questo proposito è pienamente libero il magistrato chiamato a dispensare.

6. La competenza dell'ufficio distrettuale, o dell'autorità comunale ad accordare la dispensa civile da tutte le pubblicazioni, non è espressamente dichiarata dal § 86 del Codice civile, ma ne la si deduce mediante interpretazione delle parole: *superiorità locale* in esso adoperate. Infatti l'ufficio distrettuale venne già dichiarato competente a tale dispensa da' Decreti della Cancelleria Aulica del 20 aprile, e delli 8 giu-

[1] Comune è per verità fra i canonisti l'opinione, che nei casi di tanta urgenza, che manchi il tempo di invocare la dispensa canonica dalle pubblicazioni, possa il parroco congiungere senz'altro gli sposi in matrimonio. Questa pratica è confermata nella diocesi milanese da Circolare dell'Ordinariato del 19 settembre 1837 (vedi Amati, op. cit., pag. 41).

gno 1826 ([1]), e quella dell'autorità comunale lo fu per tutto l'impero da Decreto del Ministero dell'Interno del 14 dicembre 1851, in quelle città le quali possiedono una propria costituzione comunale, ed in particolare un ufficio comunale, incaricato delle funzioni dell'amministrazione politica. Le autorità comunali però di cui parla il decreto ministeriale ultimo nominato, e che il primo capoverso del presente paragrafo designa nel senso del medesimo decreto, siccome *facenti le veci* dell'ufficio distrettuale, non esistono in tutte le provincie dell'impero, ma soltanto in determinate città in virtù di speciale istituzione, siccome appare dalle Ordinanze Ministeriali: 25 novembre e 6 dicembre 1853; 30 e 31 gennajo, 1, 4, 5 febbrajo, 6, 21 e 24 aprile, 6 maggio, 3 e 4 giugno 1854. Nel regno Lombardo Veneto, nella Dalmazia e nei Confini Militari non esistono in alcun luogo autorità comunali d'indole siffatta, ma nella Lombardia la facoltà di dispensare da tutte e tre le pubblicazioni in caso di pericolo di vita venne già attribuita alle autorità comunali da Circolare Governativa 18 aprile 1827, la quale può essere osservata anche dopo l'emanazione della nuova Legge matrimoniale, che non immutò in sostanza le norme del Codice civile sulla dispensa civile dalle pubblicazioni.

7. Il giuramento che il capoverso 2 dell'attuale paragrafo esige come condizione della dispensa totale dalla denuncia, è voluto anche dal Codice civile (§ 87), e dal diritto canonico (Istruz., § 85). Se non che il Codice civile non dichiara che lo si deva prestare in ogni caso davanti al parroco, siccome prescrive la presente Legge, che si uniforma in ciò al diritto canonico (Istruz., ibid.) ([2]). La prestazione del giuramento si fa in seguito alla concessione della dispensa, che suole eziandio contenere il relativo ordine. Nè a questa prestazione osta la circostanza dell'essere il giuramento medesimo già stato prestato davanti allo stesso parroco, per conseguire la dispensa canonica, prima ancora di invocare la civile, quasichè questo duplice giuramento sia inconveniente, siccome pare al Nardi (op. cit., pag. 196). Imperocchè di tale inconvenienza il legislatore avrebbe pur dovuto accorgersi, se davvero esistesse; e fa d'uopo inoltre avvertire che il secondo giuramento, prestato per ottenere la dispensa civile, non ha propriamente lo stesso oggetto del primo, prestato per ottenere la dispensa canonica, abbracciando l'uno certamente anche l'inesistenza di divieti civili di matrimonio ([3]), che l'altro per sua natura non deve necessariamente contemplare.

8. L'impiegato politico, che questo paragrafo vuol presente al giuramento, insieme al parroco, ma che non determina, noi crediamo debba appartenere a quella stessa autorità politica da cui la dispensa venne accordata. A quest'avviso ne conduce l'autorità d'esempio delle leggi anteriori alla presente, le quali supplirono al Codice civile nel determinare innanzi a quale autorità si dovesse prestare il giuramento prescritto dal § 87 del medesimo (veggansi le leggi citate in calce nella nota 2). Che se la dispensa venne accordata dall'autorità comunale, in quei paesi, come nel regno Lombardo Veneto, nei quali questa autorità non ha funzioni politiche, noi crediamo che per analogia del caso precedente, il giuramento in discorso debba prestarsi alla presenza di un impiegato comunale. Giova però avvertire, che la clausola: *ove sia possibile*, adoperata nel testo della legge, rende manifesto che la presenza dell'impiegato comunale non è requisito così necessario alla regolarità del giuramento, come l'intervento del parroco

9. L'omissione del giuramento prescritto ai conjugi che ottennero dispensa totale dalle pubblicazioni non produce nullità della dispensa, nè quindi lascia sussistere il divieto di matrimonio relativo alla denuncia. Invero tale giuramento non è propriamente motivo determinante e condizione essenziale della dispensa, come lo dimostra la stessa circostanza del venire prestato posteriormente ad essa; inoltre anche pel Co-

([1]) A cui corrisponde per la Lombardia la Circolare Governativa 28 luglio 1826, e pel Veneto la Circolare Governativa 6 luglio dello stesso anno.

([2]) Già le Ordinanze 1 e 29 marzo 1785 avevano prescritto che il giuramento in discorso si prestasse avanti alle autorità cui spetta dispensare; poscia le Ordinanze 27 novembre e 4 dicembre dello stesso anno permisero a quelle autorità di delegare in caso di pericoloso indugio le autorità locali a riceverlo. Queste medesime disposizioni vennero ripetute da Decreti 20 aprile e 8 giugno 1826 della Cancelleria Aulica, pubblicati nel regno Lombardo Veneto da Circolari del Governo di Venezia del 6, e del Governo di Milano del 28 luglio dello stesso anno.

([3]) Non si oppone a questo avviso il dare che fa questo paragrafo, per oggetto al giuramento in discorso, l'inesistenza di *impedimenti*, e non anche quella di *divieti civili*. La parola impedimenti non ha soltanto un senso ristretto, ma anche un lato, che abbraccia appunto anche i divieti.

dice civile siffatta nullità non ha luogo, siccome una Sovrana Risoluzione del 15 agosto 1817 ha espressamente dichiarato. Nemmeno può a nostro avviso l'omissione del giuramento in discorso trar seco le pene comminate dalla medesima Sovrana Risoluzione, per coloro che sono sottoposti alla presente Legge, dacchè l'importanza di tale omissione è naturalmente assai diversa allorchè la dispensa dalle legali pubblicazioni toglie un impedimento matrimoniale dirimente, siccome accade pel Codice civile, da quella che le spetta allorchè la dispensa non toglie che un *mero divieto di matrimonio*, siccome accade nella presente Legge.

§ 40.

La dispensa da tutte e tre le pubblicazioni è da concedersi verso prestazione del detto giuramento, anche quando vogliano unirsi in matrimonio due persone, le quali si presumessero generalmente già fra loro conjugate.

1. L'attuale paragrafo contempla separatamente uno dei casi nei quali può concedersi la totale dispensa dalla denuncia, secondo il generale disposto del paragrafo precedente. Lo stesso caso è contemplato, ed identicamente regolato nel § 84 dell'Istruzione. Anche il Codice civile ne parla separatamente nel § 87, ma non in modo affatto eguale a quello di questa Legge [1], mentre il primo dichiara, a differenza della seconda, che la dispensa possa chiedersi al governo dal curato, taciuti i nomi delle parti. Non è a credersi che questa differenza possa essere adeguata mediante interpretazione, e che anche dopo la pubblicazione della nuova Legge matrimoniale, la dispensa totale dalle pubblicazioni, nel caso di cui discorriamo, possa invocarsi dal parroco, nascondendo il nome degli sposi, a cui fa mestieri. Invero la mira di segretezza che si avrebbe in questo procedimento verrebbe necessariamente contraddetta e resa vana dalla formalità della presenza di un impiegato secolare al giuramento della persona dispensata, il qual giuramento è voluto espressamente anche dal paragrafo attuale, nel caso di cui esso si occupa, e precisamente nel modo indicato nel paragrafo precedente [2]. A che pro tacerebbe il parroco all'autorità secolare i nomi dei dispensandi, se questi devono essere conosciuti, non che di nome, di persona, da altro pubblico ufficiale? Non opponesi invece l'uguale ostacolo al procedimento di dispensa, additato nel § 87 del Codice civile, poichè un Rescritto della Cancelleria Aulica dell'11 settembre 1820 [3] dichiarò che il giuramento ivi prescritto si deve solamente prestare davanti al parroco stesso, che invocò la dispensa, non eziandio davanti ad alcuna pubblica autorità [4]. L'opinione qui da noi propugnata è pure adottata dallo Schulte (op. cit., ediz. ital., pag. 195 e 196), il quale poi suggerisce che la dispensa da tutte le pubblicazioni nel caso contemplato dall'attuale paragrafo, venga impartita dal Luogotenente *in persona*, sottraendo la cosa alla conoscenza de' suoi impiegati d'ufficio. Lo stesso opina anche il Kutschker (op. cit., vol. IV, pag. 66), il quale inoltre riflette, che la differenza fra il § 40 della presente Legge ed il § 87 del Codice civile riposa certamente su buoni motivi, giacchè ove si tratta di ottenere una congiunzione matrimoniale, giuridicamente lecita e valida, egli è inopportuno procurarsi documenti di dispensa dalla denuncia, in cui non si accenni il nome delle parti che la richiedono, e i quali perciò, se anche vengano custoditi, non possono mai porgere alcun sufficiente appiglio onde ammettere con sicurezza che risguardino precisamente quelle persone per le quali si volessero far valere [5].

2. Non dice questo paragrafo da quale autorità debbasi accordare la dispensa totale dalle pubblicazioni, nel caso da esso contemplato, ma egli è chiaro che, non presentando questo caso in sè medesimo alcuna urgenza, ma soltanto una singolare gravità,

[1] La parola: *generalmente* che si legge nel presente paragrafo, manca nel § 87 del Codice civile per mero sbaglio di traduzione.

[2] Siccome appare dalle parole: *verso la prestazione del detto giuramento.*

[3] Il chiaro disposto di questa Sovrana Risoluzione cercò di intorbidare il Nippel (*Illustr. del Codice civile generale*, ed. ted., vol. I, pag. 505), pienamente confutato in ciò da Winiwarter (*Diritto civile generale austriaco*, parte I, pag. 258, ed. ital.), e da Dolliner (op. cit., vol. II, § 96, n.º 9).

[4] In quest'unico caso il giuramento di persona dispensata dalle pubblicazioni, accade alla presenza del parroco, giusta il codice civile generale.

[5] Il Nardi nella da noi più volte citata sua opera (pag. 197) mostra di non essersi accorto per nulla della differenza in discorso fra il Codice civile e la nuova Legge matrimoniale.

la relativa dispensa appartenga al Dicastero politico del Dominio, giusta il disposto del paragrafo precedente (vedi la relativa nota 4).

3. Poichè, siccome abbiamo già avvertito qui sopra (nota 1), l'attuale paragrafo non fa che contemplare uno dei casi, a cui si riferisce in generale il paragrafo precedente, così egli è ovvio che tornano in acconcio anche al primo tutte le cose che furono osservate a dilucidazione del secondo.

4. La dispensa dalla denuncia tiene luogo della denuncia stessa, ed ha quindi giuridicamente tutti gli effetti di questa. Da ciò segue, siccome avverte il Kutschker (op. cit., vol. IV, pag. 68), che se il matrimonio non venne conchiuso sei mesi dopo il conseguimento della dispensa, devonsi intraprendere le pubblicazioni, oppure devesi ottenere nuovamente dispensa da esse, onde lecitamente conchiuderlo.

5. A complemento delle nostre osservazioni al disposto della presente Legge intorno alle dispense civili dalle pubblicazioni, ci rimane di tener parola delle norme speciali vigenti intorno alla concessione delle medesime pei militari. Non v'ha dubbio che le disposizioni della presente Legge intorno alla dispensa dalla denuncia, essendo applicabili entro i confini dell'impero a tutti i cattolici, senza distinzione, siano da seguirsi eziandio nel matrimonio dei militari. Le sole differenze possibili tra la concessione di tali dispense fra i cittadini dello stato civile, e quella fra i militari, concernono l'indole delle autorità ecclesiastiche e secolari competenti a dispensare. Infatti, che anche le persone militari, onde ottenere dispensa dalla denuncia dalle autorità militari, debbano prima averla ottenuta dalla Chiesa, e che le medesime ottenendo da tali autorità una totale dispensa dalle pubblicazioni, debbano prestare il giuramento ordinato dal § 39 della presente Legge, e dal § 85 dell'Istruzione, intorno all'ignoranza di qualunque impedimento al loro matrimonio, è prescritto dalla Sovrana Risoluzione 24 aprile 1857 (sub. I), e dall'Ordinanza del Comando Supremo dell'Armata del 28 febbrajo 1857 (al n.° 3). La facoltà poi di accordare la dispensa ecclesiastica dalla denunzia del matrimonio a persone militari, spetta, in virtù della Circolare suddetta, ai superiori di campo, ed allorchè avvi pericolo di morte, e il matrimonio si deve celebrare al letto dell'ammalato, ad ogni cappellano di campo. Ma il numero degli organi del clero militare competenti ad accordare a persone militari la dispensa dalla seconda e terza pubblicazione venne ampliato dalla Circolare del Comando Supremo dell'Armata del 30 maggio 1857, la quale, inerendo ad un ordine già contenuto nella più volte mantovata Sovrana Risoluzione 24 aprile 1857 (n.° 5), pubblicò un elenco dei varii cappellani militari, i quali oltre ai superiori di campo, sono autorizzati dal Vicariato di campo ad accordare nei casi ordinarii siffatta dispensa [1]. La dispensa secolare dalla denunzia pei militari spetta invece a differenti autorità, secondochè trattisi di dispensa dalle ultime due, o di dispensa da tutte e tre le pubblicazioni. In ambedue i casi però tali autorità sono superiori militari della truppa di terra, o di mare, diverse, secondo il corpo a cui lo sposo militare appartiene, o secondo il rango del quale il medesimo è rivestito. Le positive disposizioni in proposito sono contenute nella suddetta Sovrana Risoluzione 24 aprile 1857 (sub II).

6. Le leggi citate nel numero precedente intorno alla dispensa dalla denunzia del matrimonio per le persone militari, tolsero vigore a quelle contenute nella Circolare del Consiglio Aulico di Guerra del 5 ottobre 1808, e pel regno Lombardo-Veneto in particolare, alla Circolare 11 luglio 1816, ed alla Notificazione 18 ottobre 1816 del Governo di Venezia. Esse leggi tolgono eziandio vigore alla Circolare del Vicariato Apostolico di campo 18 aprile 1842, la quale, provvedendo ai casi in cui una persona militare non sia in grado di procacciarsi la necessaria dispensa dalle pubblicazioni dal curato per lei competente, prima del matrimonio che non possa essere differito, ordina che tale dispensa venga accordata dai Comandi Generali. Imperocchè codesto espediente e ripugna di sua natura allo spirito della nuova legislazione matrimoniale, ed appena può diventare necessario dopo che il numero degli organi del clero militare, autorizzati a dispensare ecclesiasticamente dalla denunzia, venne reso molto maggiore di quello che era per lo addietro.

7. Allorchè uno solo degli sposi è sottoposto alla giuridizione militare, e l'altro appartiene allo stato civile, ciascuno di essi deve impetrare la dispensa dalle pubblica-

[1] Questo elenco affida un tale incarico per l'Italia ai cappellani degli spedali di guarnigione di Milano, Venezia, Trieste, Cremona, ed ai cappellani di guarnigione di Pavia, Vicenza, Palmanova, Ferrara e Piacenza.

zioni dalle autorità ecclesiastiche e secolari per lui competenti e secondo le norme peculiarmente vigenti per le medesime.

§ 41.

Non è lecito ai conjugi lo sciogliere di propria autorità, quantunque di mutuo consenso, l'unione matrimoniale; e ciò tanto se pretendano invalido il matrimonio, quanto se intendano solamente separarsi di letto e di mensa.

1. Il principio espresso in questo paragrafo è suggerito dalla grandissima importanza del vincolo conjugale, la cui cessazione non deve meno essere sorvegliata dalla legge e dalle autorità, che la sua originaria conclusione. Pei cattolici in particolare un tale principio discende dal carattere sacro, che, secondo i loro principii religiosi, va congiunto al matrimonio, sicchè questo, invece di andar sottoposto al volere dei contraenti, vuol essere rispettato come cosa affatto superiore al medesimo. La proibizione di un arbitrario scioglimento dell'unione conjugale, pronunciata dal presente paragrafo pel matrimonio dei cattolici, lo è pure in termini identici e per ogni specie di matrimonii, dal § 93 del Codice civile. La medesima trovasi pure statuita nel diritto canonico (Istruz., §§ 205, 241), che anzi può dirsi trasportata da questo nel paragrafo attuale, più come necessaria premessa al disposto dei paragrafi successivi, che come principio proprio della Legge matrimoniale civile.

2. Non essendo lecito ai conjugi sciogliere di loro arbitrio l'unione matrimoniale, questa non può sciogliersi che nei casi e nei modi stabiliti dalla legge. Lo scioglimento di cui qui si parla non risguarda però l'essenza del vincolo del matrimonio (*quoad vinculum*), ma le conseguenze esteriori di esso, cioè la convivenza perpetua e conjugale dei conjugi. Imperocchè il matrimonio dei cattolici, del quale solo questa Legge si occupa, non può sciogliersi di regola, quanto al vincolo, finchè i conjugi sono in vita (Istruz., § 21). Nè vuolsi scambiare collo scioglimento del matrimonio la dichiarazione d'invalidità, perchè questa presuppone al contrario che il vincolo matrimoniale non sussistesse, e non fa che confermarne l'inesistenza. Pei cattolici non si danno altri casi e modi di sciogliere la convivenza conjugale, fuorchè quelli relativi alla separazione di letto e di mensa, enumerati e regolati dal diritto canonico. Quali siano i casi eccezionali in cui è possibile anche pei cattolici un vero scioglimento del vincolo matrimoniale, fu già da noi superiormente esposto (pag. 72). — Intorno allo scioglimento *quoad vinculum* del matrimonio degli acattolici in particolare, egli è ben naturale che la presente Legge non abbia dato complete disposizioni, le quali si trovano invece nel Codice civile (§ 115). Tuttavia ebbe questa Legge occasione di porgere in proposito alcune disposizioni sue proprie, contenute nei §§ 46, 68, 71, che verremo in seguito dilucidando.

3. La proibizione fatta ai conjugi di sciogliere di loro arbitrio l'unione matrimoniale abbraccia del pari l'esteriore convivenza, e la prestazione del debito conjugale, le quali ambedue sono effetti civili immediati di tale unione. Egli è certo eziandio che neppure uno solo dei conjugi può rifiutarsi di proprio arbitrio alla continuazione dei rapporti conjugali; questo secondo principio è già contenuto nel primo, e si fonda sulle istesse ragioni di questo. Un conjuge il quale si veda ostinatamente abbandonato dall'altro conjuge, nè voglia o possa chiedere la separazione, può richiamarlo a sè rivolgendosi al tribunale matrimoniale, giusta il disposto del Dispaccio 28 aprile 1857 del Ministero della Giustizia, e per analogia del 3.° alinea del § 66 di questa Legge. Egli deve esercitare a tal uopo la così detta *actio spolii*, ammessa e regolata dal diritto canonico (cap. *licet.* 1 *de restit. spoliat.*, e cap. *quum dilectus* 2 *de ordin. cognit.*).

4. Quand'anche si stia per avviare, o si abbia già avviata presso il tribunale matrimoniale la causa di dichiarazione d'invalidità del matrimonio, o di separazione di letto e di mensa, non è lecito di regola ai conjugi sospendere la conjugale convivenza. Questa regola è accennata anche nel paragrafo attuale, pel modo in cui è concepita la seconda proposizione di esso, ed è inconcussa in diritto canonico. Dessa però soffre eccezione, giusta questo diritto, nei casi di dichiarazione di invalidità, quanto alla prestazione del debito conjugale, allorquando una parte sia consapevole di un impedimento (cap. 13 *de restit. spol.*, cap. 44 *de sentent. excommun.*); del quale impedimento inoltre, se esistesse una certa prova, e le circostanze dessero luogo a presumere

che i conjugi non siano per astenersi, come è debito loro, dalla *copula carnalis*, il giudice potrebbe anche ordinare provvisoriamente la sospensione di loro convivenza (cap. 13 *de restit. spol.*). Anche nei casi di chiesta separazione di letto e di mensa, il diritto canonico ammette una eccezione a quella regola, quanto alla prestazione del debito conjugale, ove il motivo della separazione sia l'adulterio (Sanchez, *De sacram. matrim.*, lib. X, disp. 12); che se l'adulterio sia anche *notorio*, il conjuge chiedente la separazione può anzi di sola sua volontà, e prima della sentenza del giudice, sospendere lecitamente la convivenza coll'altro conjuge (Sanchez, ibid.; — cap. 9 *de sponsalib.*, cap. 4 *de divort.*, cap. 15, 16 *de convers. conjug.* — Conf. su quanto precede, Kutschker, op. cit., §§ 386-388).

5. La prescrizione contenuta nell'attuale paragrafo non ha sanzione in questa Legge. Non può credersi che le Autorità dello Stato debbano adoperarsi d'ufficio a farla osservare, mentre la legge nol dice, e, come osserva il Dolliner (op. cit., vol. III, § 4, n.° 2) codesta osservanza non tocca il pubblico interesse, e l'intenzione pratica del legislatore nel fare una simile prescrizione sembra essere stata rivolta piuttosto solamente a togliere ogni efficacia davanti ai tribunali dello Stato ad ogni privata convenzione dei conjugi, che fosse incompatibile colla medesima. Per altro il non doversi le Autorità dello Stato ingerire d'ufficio nel far rispettare ai conjugi i loro obblighi nascenti dall'unione matrimoniale, non pregiudica alle attribuzioni date in contrario senso alle Autorità ecclesiastiche dal diritto canonico. Secondo questo diritto il giudice ecclesiastico, al quale consti l'arbitraria sospensione della convivenza fra conjugi tra i quali davanti a lui si agiti una causa di nullità o di separazione, senza che tale sospensione si possa giustificare od ordinare per alcuno dei riguardi accennati nel numero precedente, deve ordinare d'ufficio la riunione, ed eziandio, ove faccia mestieri, ottenerla nelle vie esecutive (cap. 3 *de divort.*, cap. 13 *de restit. spol.*, cap. 9 *de despons. impub.*, cap. 5 *de eo, qui cognov. consanguin. uxoris suae*. Vedi Kutschker, op. cit., vol. IV, pag. 579).

6. Non si trova ripetuta in questa Legge la disposizione del § 96 del Codice civile, che il conjuge, il quale, avendo motivi di domandare la nullità del matrimonio, continua a convivere coll'altro conjuge, perda il diritto di domandarla. La ragione di questo silenzio si è, che tutte le disposizioni intorno alla dichiarazione di nullità del matrimonio dei cattolici devono desumersi oggidì dal solo diritto canonico, e riscontransi realmente nell'Istruzione (§§ 114-200). Egli è però qui opportuno d'avvertire, che appunto il diritto canonico e l'Istruzione non riconoscono il principio consegnato nel suddetto paragrafo del Codice civile. Secondo quelle leggi, la continuata conjugale convivenza non toglie ai conjugi il diritto di impugnare la validità del matrimonio, in generale, per qualsiasi impedimento, ma soltanto, per l'impedimento dell'errore o dell'ingiusta violenza, pei quali i soli conjugi hanno il diritto di tale impugnativa (vedi Istruz., § 116).

§ 42.

Della validità del matrimonio dei cattolici decide quel Giudizio ecclesiastico, il quale è a ciò competente secondo le leggi della chiesa cattolica.

1. L'esclusiva competenza dei tribunali ecclesiastici a decidere della validità del matrimonio dei cattolici, confermata in questo paragrafo, del pari che l'esclusiva competenza riconosciuta dal § 59 nei medesimi tribunali a decidere le quistioni relative alle separazioni di letto e di mensa di tali persone, è una immediata conseguenza dell'essere oggidì le cause matrimoniali dei cattolici rimesse in generale al foro ecclesiastico cattolico, ed ambedue costituiscono insieme la vera sostanza di questo medesimo principio. Quale sia propriamente nei singoli casi il giudizio ecclesiastico matrimoniale competente, nelle varie istanze, determina il diritto canonico, le cui norme in proposito contengonsi nell'Istruzione (§§ 95-101). Principio fondamentale si è, che la competenza giudiziaria ecclesiastica nelle cause matrimoniali appartiene in prima istanza al Vescovo (*Conc. Trid.*, sess. XXIV *de reform. matrim.*, cap. 20) e, sede vacante, al Vicario Capitolare. La seconda istanza è costituita o dal Metropolita, o dal Nunzio della Sede Apostolica, o da un Vescovo vicino al giudice di prima istanza (Breve *Dei miseratione*, § 10). La terza istanza, e, nei casi in cui questa non sia l'ultima (vedi Istruz., §§ 180.

181, e 182), la quarta risiedono nel Sommo Pontefice. Quando però il tribunale matrimoniale di prima istanza sia metropolitano, la seconda istanza risiede essa pure nel Sommo Pontefice, il quale suole delegare a tal uopo altri tribunali di prima o di seconda istanza, siccome infatti il Pontefice regnante delegò il tribunale matrimoniale di Olmütz a seconda istanza matrimoniale per l'arcidiocesi di Praga, e quello di Praga a seconda istanza matrimoniale per le arcidiocesi di Vienna e Salisburgo. Siffatte delegazioni sogliono aver luogo tanto di caso in caso, quanto per una più o meno lunga serie di anni, od anche per sempre.

2. Le persone militari, sottoposte alla giurisdizione del clero militare, hanno *in generale* proprii tribunali ecclesiastici per le cause matrimoniali. Il tribunale matrimoniale militare di prima istanza risiede in Vienna (Circolare 28 febbrajo 1857 del Comando Supremo dell'Armata). Le istanze superiori a questa consistono di regola in giudizii delegati dal Pontefice, siccome dichiarò la più volte citata Sovrana Risoluzione 24 aprile 1857 (n.° 8), la quale ordinò poi che nella scelta dei medesimi il Vicariato di campo debba adoperarsi affinchè vengano preferiti vescovi nazionali, cioè dell'Impero. Il regnante Pontefice, mediante Breve 10 gennajo 1858, recato da Circolare del Comando Superiore dell'Armata, 8 febbrajo dello stesso anno, conferì per sette anni all'arcivescovo di Salisburgo la facoltà di giudicare in terza istanza delle cause matrimoniali dell'esercito austriaco.

3. Alla regola testè esposta che le persone militari, sottoposte alla giurisdizione del clero militare, hanno proprii tribunali ecclesiastici matrimoniali, introdusse un'eccezione l'Ordinanza 19 agosto 1858 del Ministero del Culto e del Comando Superiore dell'Armata, obbligatoria per tutto l'Impero, la quale stabilisce (n.° 1) che « sulle controversie matrimoniali della truppa in permesso sino al richiamo, dal sergente di fanteria o di cavalleria in giù, e della truppa in riserva, che non presta servizio attivo, dovrà agire e decidere il tribunale matrimoniale ecclesiastico civile del luogo della loro dimora, sebbene tali truppe appartengano di regola alla milizia vaga, e siano perciò soggette alla giurisdizione ecclesiastica militare. Lo stesso vale anche riguardo agli affari matrimoniali della truppa conjugata nel secondo modo [1], allorchè la petizione sia diretta contro la moglie appartenente allo stato civile. » Prescrive però la medesima Ordinanza (n.° 2) che ogni sentenza pronunciata dal tribunale ecclesiastico civile sul matrimonio di una persona addetta alla *milizia vaga*, debba da esso comunicarsi al Capo politico del Dominio, ed al tribunale matrimoniale ecclesiastico militare, il quale ultimo debbe inoltrarla al Comando Superiore dell'Armata.

§ 43.

Della validità di matrimonii conchiusi fra cristiani cattolici ed acattolici può decidere, fino a tanto che un conjuge appartiene alla chiesa cattolica, soltanto il Giudizio matrimoniale cattolico.

1. Il paragrafo precedente determina il foro competente a decidere della validità dei matrimonii conchiusi fra soli cattolici, e propriamente fra persone, che fino dall'origine appartenevano alla chiesa cattolica. Matrimonii di questa qualità sono i più ordinarii fra persone cattoliche; tuttavia i principii del diritto matrimoniale cattolico possono tornare applicabili eziandio a casi in cui non ambedue i conjugi appartengono alla religione cattolica, ed a casi in cui l'uno e l'altro conjuge appartennero in epoche differenti e successive ora alla chiesa cattolica, ora ad altra chiesa cristiana qualunque. Degli uni e degli altri casi non poteva questa Legge non occuparsi, determinando a quale tribunale spetti emanare le relative sentenze intorno al vincolo conjugale. Dessa se ne occupa infatti, e precisamente nei §§ 43-48, 56-57. I matrimonii da questi paragrafi contemplati sono: *a*) il matrimonio misto, propriamente detto, cioè quello contratto fin dall'origine fra una persona cattolica ed una acattolica (§ 43); *b*) il matrimonio conchiuso in origine fra due persone acattoliche, e diventato misto, in seguito, pel passaggio di un conjuge alla religione acattolica (§§ 44-47); *c*) il matrimonio contratto in origine fra due persone acattoliche, le quali ambedue si fecero in seguito cattoliche (§ 48); *d*) il matrimonio contratto in origine fra due persone, delle quali una almeno era cattolica, e le quali ambedue si fecero in seguito acattoliche (§§ 56-57). Egli è facile lo scorgere che i casi contraddi-

[1] Cioè che conchiuse un matrimonio *di seconda classe*.

stinti colle lettere *a*, *b* si riferiscono alla diversità attuale di religione fra un conjuge e l'altro, mentre quelli contraddistinti colle lettere *c*, *d* si riferiscono invece al variare della religione dei conjugi in epoche differenti. Tali non sono però, a dir vero, tutti i casi possibili sotto le relative specie, siccome avremo occasione di avvertire nella spiegazione dei paragrafi citati.

2. L'attuale paragrafo si riferisce ai matrimonii misti propriamente detti (vedi num. prec. *a*), e la regola ch' esso statuisce intorno al foro competente a giudicare della validità dei medesimi, è una diretta conseguenza del doversi regolare i matrimonii misti, al pari di quelli conchiusi fra soli cattolici, secondo i principii del diritto matrimoniale cattolico. Non vi ha dubbio pertanto che una dichiarazione di invalidità di un matrimonio misto possa invocarsi dal tribunale matrimoniale cattolico, tanto dal conjuge cattolico quanto dal conjuge acattolico. Non è dubbio del pari che la prescrizione del paragrafo attuale, sia pel tenor suo affatto generale, sia in virtù dei principii scientifici intorno alla successione delle leggi, debbasi applicare tanto ai matrimonii misti, che si andranno contraendo dopo la promulgazione della presente Legge, quanto a quelli che anteriormente alla medesima sono stati contratti, e non dichiarati invalidi dal giudizio civile. Unica eccezione a questo principio statuisce, rispetto al conjuge acattolico, l'articolo X della Patente imperiale 8 ottobre 1856 (vedi pag. 28, n.º 1 e 2). Quest'ultimo passo di legge fa cenno inoltre di condizioni imposte dalla presente Legge all'impugnativa dei matrimonii cui si riferisce, per parte del conjuge acattolico, nè spiega quali siano propriamente le medesime. Poichè questa spiegazione indarno si cerca in altro luogo qualunque della presente Legge, noi siamo d'avviso che tali condizioni non possano essere in generale altra cosa fuorchè le regole contenute nei §§ 44-45, applicate per analogia di diritto anche a veri matrimonii misti, nei casi contemplati dal citato articolo; analogia del resto abbastanza manifesta, ove si rifletta che anche in essi casi il conjuge acattolico impugna il matrimonio per motivi speciali a lui, e il passaggio del conjuge cattolico dalla legislazione matrimoniale del Codice civile a quella del diritto canonico equivale nei suoi effetti all'avvenuta conversione del medesimo conjuge da una religione acattolica al cattolicismo.

3. Può al certo considerarsi matrimonio misto fin dall'origine, e tale cui sia quindi applicabile la regola contenuta in questo paragrafo, quel matrimonio nel quale, all'epoca della conclusione, uno dei conjugi professava la religione cattolica, l'altro invece ne professava una acattolica, ma poscia ambedue i conjugi cambiarono religione, in modo che il cattolico diventò acattolico, e l'acattolico diventò cattolico; caso per verità molto difficile ad avverarsi. Imperocchè, come osserva il Dolliner (op. cit., vol IV, § 253, lett. *b*), la parte che si fe' cattolica ha accettato con ciò il principio cattolico dell'indissolubilità del matrimonio, la parte invece che si fe' acattolica non può ottenere, senza pericolo di gravi conseguenze, e pel solo fatto dell'arbitrario suo cambiamento di religione, un diritto che prima non aveva, il diritto cioè di impugnare la validità del matrimonio davanti ad un tribunale diverso dal tribunale matrimoniale cattolico.

§ 44.

Se di due conjugi che all'epoca del contratto matrimonio erano cristiani acattolici, l'uno passa alla religione cattolica, non è con ciò tolto alla parte acattolica di far valere il diritto che le competesse d'impugnare il matrimonio, secondo la legge ed avanti il Giudizio matrimoniale cui ella è soggetta per la sua confessione religiosa, e secondo essa legge e da tale Giudizio può anche investigarsi d'ufficio sul punto della validità. La sentenza proferita sulla validità è decisiva pel giudizio sui rapporti di diritto civile. Ma venendo pronunciata l'invalidità questa sentenza si deve comunicare col mezzo del Dicastero politico del Dominio al Giudizio ecclesiastico del conjuge cattolico, affinchè decida in quanto la medesima possa obbligare la coscienza di esso conjuge.

1. Il presente paragrafo contempla i matrimonii misti, non tali dall'origine, ma divenuti tali per la conversione al cattolicismo di uno di due conjugi acattolici. In questi matrimonii la necessità nel conjuge convertito di attenersi al diritto matrimoniale cattolico non può togliere equamente all'altro, che rimase acattolico, quei diritti che gli

derivano dalla legislazione matrimoniale, sotto cui il suo matrimonio fu conchiuso, ed alla quale egli è rimasto soggetto. Sorge qui un contrasto di principii, ed una vera collisione di diritti, della quale la legge non poteva non occuparsi, dando norme positive e precise, quali si trovano appunto nel paragrafo attuale, e nei tre paragrafi successivi. In esse la legge è partita in massima dal principio di lasciar agire coll'eguale libertà dalla parte di ciascun conjuge quella legge matrimoniale, sotto la quale egli vive, ma nelle conseguenze pratiche di questo principio, le quali devono inevitabilmente consistere qualche volta in una prevalenza di una legge sull'altra, e in una conseguente loro reciproca usurpazione del campo degli effetti civili del matrimonio, essa non potè far altro che palliare e diminuire gli inconvenienti. Ed a quest'uopo le fu necessario eziandio più volte decretare un particolare ordinamento degli effetti civili del matrimonio per ambedue i conjugi, quand'anche manchi una corrispondente decisione sulla validità del matrimonio dal lato di ciaschedun conjuge. Si vedrà però che in così spinoso argomento la legge non provvide nemmeno a tutti i casi pratici che molto facilmente possono avverarsi, di guisa che qualche cosa rimane pure all'interpretazione dottrinale.

2. Dicendosi in questo paragrafo *non essere tolto* alla parte acattolica impugnare il matrimonio secondo i principii del proprio diritto matrimoniale, si fa chiaro che per le altre cause di impugnarlo, fondate del pari nel diritto matrimoniale di ambedue i conjugi, il conjuge acattolico può, non meno del cattolico, adire il tribunale matrimoniale cattolico, quantunque non sia questo a rigore il di lui foro. Ma non potrebbe il conjuge acattolico invece del cattolico impugnare il matrimonio presso il tribunale matrimoniale cattolico in base a principii esclusivamente proprii del diritto matrimoniale cattolico.

3. La sentenza proferita *sulla validità*, di cui si fa cenno nel 2.° alinea di questo paragrafo, può essere confermativa della validità del matrimonio, oppure contraria ad essa. Tanto in un caso quanto nell'altro essa è decisiva pel giudizio secolare relativamente ai rapporti di diritto civile.

4. Non dichiara la legge quali siano i rapporti di diritto civile, su cui deve influire la sentenza intorno alla validità del matrimonio, di cui essa parla, e nemmeno dice secondo quali leggi debbansi tali rapporti giudicare, allorchè venga pronunciata l'invalidità del matrimonio. Noi siamo d'avviso che i *rapporti di diritto civile*, di cui si fa cenno in questo paragrafo, riguardino esclusivamente i conjugi, e non si comprenda punto in essi anche lo stato di legittimità o di illegittimità dei figli. In vero manca ogni fondamento a determinare quale efficacia possano avere sullo stato dei figli sentenze di invalidità del matrimonio, pronunciate in confronto e nell'interesse di uno solo dei conjugi, quali sono quelle di cui questo paragrafo si occupa, mentre le disposizioni generali della presente Legge (§ 50) intorno alla legittimità dei figli, in caso di dichiarata invalidità del matrimonio, presuppongono manifestamente che questa dichiarazione sia stata pronunciata in confronto di ambedue i conjugi. Noi crediamo quindi che, a petto delle sentenze di invalidità del matrimonio, delle quali questo paragrafo si occupa, appunto perchè manca ogni relazione di esse colla quistione della legittimità dei figli, debbano questi considerarsi sempre come legittimi. Come poi i rapporti giuridico-civili dei conjugi in seguito ad una dichiarazione di invalidità, pronunciata in conformità a questo paragrafo, si debbano regolare, noi siamo d'avviso che stabilisca abbastanza il § 1265 del Codice civile, che tratta in generale delle conseguenze civili delle dichiarazioni d'invalidità, e che anche in tali casi vuol essere applicato.

5. La comunicazione della sentenza di invalidità al Giudizio matrimoniale del conjuge cattolico, ordinata nel 3.° alinea di questo paragrafo, distingue questa sentenza dalla contraria, che ammette la validità. Quest'ultima non si deve comunicare ad alcuna autorità, e in particolare non la si deve al Capo del Dicastero politico del Dominio, in virtù del § 49, perchè questo paragrafo, ordinando siffatta trasmissione, suppone che la sentenza cui si riferisce sia stata pronunciata da un tribunale matrimoniale ecclesiastico, la quale ipotesi non si verifica per la sentenza di cui discorriamo. In coerenza poi a quanto abbiamo osservato dissopra (annot. al § 43, n.° 2) noi crediamo che la comunicazione in discorso al Giudizio matrimoniale del conjuge cattolico, debba farsi eziandio delle dichiarazioni d'invalidità ottenute dal conjuge acattolico nei matrimonii contemplati dall'articolo X della Patente Imperiale 8 ottobre 1856, con cui fu promulgata la presente Legge.

6. La decisione che il 3.° alinea dell'attuale paragrafo attribuisce al giudizio ecclesiastico del conjuge cattolico, sull'obbligatorietà di coscienza per quest'ultimo della

sentenza d'invalidità del matrimonio pronunciata dal tribunale del conjuge acattolico, non vuolsi confondere con una decisione sulla validità del matrimonio in quistione, secondo i principii cattolici. Imperocchè il fatto medesimo che il conjuge acattolico non potè far dichiarare invalido il matrimonio che da un tribunale diverso da quello ecclesiastico cattolico, esclude che i motivi dati all'invalidità dal primo tribunale, possano essere tenuti in conto anche dal secondo. L'*obbligatorietà di coscienza*, di cui parla l'attuale paragrafo non consiste in altro, a nostro avviso, fuorchè nell'efficacia della pronunciata sentenza d'invalidità a permettere o no al conjuge cattolico il passaggio ad altre nozze. Invero, che un conjuge fatto cattolico, da acattolico che era, non possa, in virtù di annullamento del vincolo conjugale, pronunciato in confronto dell'altro conjuge rimasto acattolico, contrarre nuovo matrimonio finchè il secondo vive, ciò venne bensì espressamente stabilito da un Decreto Aulico 4 agosto 1814, in seguito a Sovrana Risoluzione del 28 luglio dello stesso anno, ma oggidì lo stesso principio non può più valere in caso alcuno, se non come pronunciato dal diritto canonico cattolico, o come dedotto da questo da una competente autorità. Ed è appunto in difetto di una cotale espressa pronunzia del diritto canonico, che il legislatore civile accenna in questo paragrafo alla decisione del tribunale matrimoniale di caso in caso, benchè egli sia consapevole che questa decisione non potrà mai essere favorevole alle seconde nozze, ripugnando ciò ai fondamentali principii del diritto matrimoniale cattolico. Che a non altra cosa fuorchè alla abilitazione alle seconde nozze si riferiscano le parole finali del paragrafo attuale, è opinione anche dello Schulte (op. cit., ediz. ital., pag. 207).

7. Non v'ha dubbio che stante la nessuna analogia del caso contemplato dell'attuale paragrafo col 4.° alinea del § 46, possa un conjuge acattolico, in pendenza della decisione sulla validità del matrimonio, di cui il presente paragrafo si occupa, passare a nuovo matrimonio.

8. Il medesimo equo riguardo ai diritti acquisiti del conjuge acattolico, nei matrimonii dei quali tratta il presente paragrafo, per cui fu lasciata al medesimo piena libertà di impugnare la validità del matrimonio, secondo i principii del proprio diritto matrimoniale, anche dopo la conversione dell'altro conjuge al cattolicismo, voleva altresì che a lui fosse concessa, dopo tale avvenimento, la facoltà di domandare, secondo quei principii, anche lo scioglimento del vincolo matrimoniale. Questa facoltà è appunto confermata al conjuge acattolico dal § 66 di questa Legge, il quale forma quindi un logico complemento dell'attuale.

§ 45.

Alla parte che si è fatta cattolica è libero di far valere avanti al proprio Giudizio ecclesiastico il diritto che la legge canonica le accorda di impugnare il matrimonio. Resta pure in facoltà di detto Giudizio d'investigarne d'ufficio la validità. Se la sentenza finale decide per l'invalidità, essa verrà comunicata col mezzo del Dicastero politico del Dominio al Giudizio matrimoniale del conjuge acattolico per la corrispondente procedura.

1. La facoltà attribuita in questo paragrafo al conjuge che passò dall'acattolicismo al cattolicismo di impugnare il matrimonio secondo i principii del diritto canonico cattolico, è un altrettanto giusto rispetto del diritto di esso conjuge, quanto lo è pel conjuge rimasto acattolico la facoltà accordatagli dal paragrafo precedente di impugnarlo secondo i principii del diritto matrimoniale acattolico. Anche la sentenza del tribunale matrimoniale cattolico sulla validità del matrimonio può essere favorevole a questa, e le può essere contraria, benchè il presente paragrafo non contempli che il secondo caso, e non parli del primo. Noi crediamo poi che questo silenzio della legge autorizzi abbastanza a ritenere, che, pronunciata la validità del matrimonio dal tribunale cattolico, questa sentenza estenda i suoi effetti su ambedue i conjugi, tenendo fermi fra loro i rapporti giuridico-civili che accompagnano regolarmente lo stato conjugale.

2. L'ulteriore comunicazione ordinata in questo paragrafo della sentenza del tribunale matrimoniale cattolico, pronunciante l'invalidità del matrimonio, non mira, analogamente alla comunicazione ordinata nel paragrafo precedente, al solo scopo di far determinare dal tribunale matrimoniale del conjuge acattolico, l'obbligatorietà di coscienza della medesima

per quest'ultimo; essa mira piuttosto, come appare dai successivi §§ 45 e 46, a promuovere dal secondo tribunale un'altra decisione sulla validità del matrimonio. La ragione di questa differenza si è che, mentre la decisione sulla validità del matrimonio emessa dal tribunale matrimoniale del conjuge acattolico, e di cui parla il § 44, ha motivi esclusivamente desunti dal diritto matrimoniale acattolico, quella invece emessa dal tribunale matrimoniale cattolico, e di cui tratta il paragrafo presente, ha motivi conformi bensì al diritto canonico cattolico, ma non perciò non comuni talvolta e a questo diritto, e al diritto matrimoniale acattolico (vedi le annotaz. al paragrafo precedente n.° 2). — La comunicazione in discorso non deve farsi nemmeno nei casi contemplati dell'articolo X (vedi annot. al § 43, n.° 2; al § 44, n.° 5) della Patente di promulgazione della presente Legge, perchè il diritto di impugnativa attribuito in questo passo di legge al conjuge acattolico non gli si può mantenere con fondamento allora eziandio quando il conjuge cattolico fece già uso di quello che a lui spettava. Ciò posto, anche le disposizioni dei successivi §§ 46, 47 non si possono ritenere applicabili nei casi contemplati dal citato articolo.

§ 46.

Se il Giudizio della parte acattolica pronuncia la validità, è libero ad essa di chiedere lo scioglimento del vincolo matrimoniale. La sentenza del Giudizio matrimoniale cattolico che decide per l'invalidità, deve riguardarsi un motivo legale per lo scioglimento, e la procedura ha luogo senza deputazione di un difensore del matrimonio. Se non viene promossa la causa di scioglimento, la parte cattolica può fare istanza dinanzi al giudice ordinario perchè venga dichiarato doversi i rapporti di diritto civile, che sono basati sul suo matrimonio, regolare così come se si fosse pronunciato lo scioglimento del matrimonio. Prima che sia dichiarato lo scioglimento, o che siasi proferita quest'ultima sentenza, non può nè l'una nè l'altra delle parti passare a nuovo matrimonio.

1. Essendo possibile, come abbiamo avvertito nelle note al paragrafo precedente (n.° 2), che gli stessi motivi pei quali venne pronunciata dal tribunale matrimoniale cattolico la dichiarazione di invalidità del matrimonio, in quel paragrafo contemplata, vengano presi in considerazione anche dal tribunale matrimoniale del conjuge acattolico per l'uguale sentenza, il legislatore trovò di prescrivere nell'attuale paragrafo, che in seguito alla comunicazione di quella dichiarazione, il secondo tribunale si faccia egli pure a decidere sulla validità del matrimonio. È manifesta la giustizia di siffatta prescrizione. Ripugna in massima alla eguaglianza dei diritti, che uno de' conjugi possa far decidere intorno ai rapporti civili di ambedue, in base a principii di diritto matrimoniale applicabili a lui solo; ed in casi della natura di quelli contemplati dai §§ 44-48, nei quali torna impossibile avere sulla validità del matrimonio una sentenza comune ad ambedue i conjugi, la giustizia sembra esigere che nun peculiare ordinamento dei rapporti giuridico-civili di questi abbia luogo, a cui non conducano almeno l'una e l'altra sentenza, pronunciate sulla validità del matrimonio dal lato di ciaschedun conjuge. Il legislatore ebbe certamente sott'occhio codesti principii nel regolare i matrimonii misti, diventati tali dopo la conversione al cattolicismo di uno di due conjugi acattolici; se egli si scostò dai medesimi nei casi contemplati dal § 44, ciò accadde come il minor dei mali, e che non si poteva impedire, stante l'impossibilità di avere in tali casi contemporanee sentenze sulla validità del matrimonio dal lato di ciaschedun conjuge; ma egli vi ritorna, per quanto si può, nel paragrafo attuale, relativamente ai casi contemplati dal paragrafo precedente, nei quali non è appunto sempre inevitabile l'ostacolo anzidetto. Egli vi ritorna, ricorrendo a due peculiari provvedimenti: *a*) che i rapporti giuridico-civili dei conjugi non si possano regolare in alcun modo, se non dopo uscita sentenza del competente tribunale sulla validità del matrimonio dal canto di ciascun conjuge (conf. il § 47); *b*) che nei casi in cui la sentenza pronunciata dal lato del conjuge acattolico non coincida con quella già emessa dal tribunale matrimoniale cattolico, nel dichiarare invalido il matrimonio, supplisca dalla parte di quel conjuge una sentenza di scioglimento del matrimonio, dal tribunale per lui competente pronunciata,

e chiesta in base a quella medesima dichiarazione di invalidità, la quale vien costituita in questo caso come nuova cagione di scioglimento del matrimonio degli acattolici. La misura dell'opportunità del secondo di questi provvedimenti si desume da ciò, che le conseguenze dello scioglimento del matrimonio di persone acattoliche, sui rapporti giuridico-civili dei conjugi, quantunque secondo il Codice civile generale (§§ 1265, 1266) siano essenzialmente differenti da quelle della dichiarazione d'invalidità dei matrimonii in generale, tuttavia sono ancor più differenti da quelle di una dichiarazione di validità del matrimonio, quale si suppone essere stata emanata dal canto del conjuge acattolico, nei casi in cui si ricorre al provvedimento in discorso, e che, se in forza di questo provvedimento il conjuge cattolico vede conseguitare alla dichiarazione d'invalidità da lui riportata effetti relativi ai suoi rapporti civili più miti di quelli attribuitile dal Codice civile, e resi ancor più miti dalle disposizioni del successivo § 47 di questa Legge, egli non ha tanto ragione di lagnarsi per ciò di uno scemamento dei suoi diritti, procuratigli dalla conversione, quanto di riconoscere l'equità del maggior riguardo avuto al conjuge acattolico, il quale per solo di lui fatto si vede resa impossibile la tutela delle leggi sotto cui conchiuse il matrimonio, quand'anche il medesimo siasi determinato dal canto suo a far uso della facoltà di chiedere lo scioglimento del matrimonio pel nuovo motivo introdotto dal presente paragrafo.

2. Se la sentenza del tribunale matrimoniale della parte acattolica è, come quella del tribunale matrimoniale cattolico, contraria alla validità del matrimonio, non v'ha dubbio, benchè la legge nol dica, che i rapporti civili dei conjugi debbansi regolare in base alla dichiarazione di invalidità del matrimonio, e quindi secondo il § 1265 del Codice civile generale. Non v'ha dubbio del pari che a fronte di tali due dichiarazioni di invalidità del matrimonio non si faccia luogo ad alcuna ricerca e decisione sulla legittimità od illegittimità dei figli, i quali pertanto devono sempre essere considerati legittimi; e ciò per analogia di quanto venne osservato in una quistione analoga, nelle note al § 44 (n.° 4).

3. La facoltà di chiedere lo scioglimento del matrimonio, accordata da questo paragrafo al conjuge acattolico, è straniera al § 115 del Codice civile, in cui sono esposte le cause per le quali può chiedersi ed accordarsi in generale lo scioglimento del matrimonio degli acattolici, e per riguardo ad essa può quindi la Legge attuale dirsi complementare al Codice civile.

4. Quale sia il giudice, dal quale può chiedersi dal conjuge acattolico lo scioglimento del matrimonio in discorso, deve desumersi dalla Norma di giurisdizione. Quella in particolare vigente nel regno Lombardo Veneto, e pubblicata addì 20 novembre 1852, riserva (§ 14, lett. *a*) ogni decisione intorno allo scioglimento di un matrimonio, ai tribunali provinciali.

5. La procedura da seguirsi nel pronunciare lo scioglimento del matrimonio, contemplato nel presente paragrafo, non è indicata dalla Legge; ma, dall'escludere che essa fa il difensore del matrimonio, il cui intervento è prescritto dal Codice civile (§§ 97 e 115) in ogni procedura di quel genere, emerge abbastanza che quella debba condursi in tutto il resto secondo le norme generali relative allo scioglimento del matrimonio, contenute nel Codice civile, e in particolare eziandio nella Legge del 1819 [1], *sul modo di procedere nelle controversie matrimoniali*. Queste norme però non si possono applicare allo scioglimento in discorso, senza importanti modificazioni. Imperocchè appena si può dire una vera controversia la trattazione a cui dà luogo siffatto scioglimento, siccome quello a cui non ripugna il conjuge cattolico, che ottenne la dichiarazione d'invalidità del matrimonio. Già una di tali modificazioni stabilisce l'attuale paragrafo, escludendo il difensore del matrimonio, e l'appellazione incumbente al medesimo (Legge del 1819, § 18); altre a noi pajono dover consistere: nell'omissione del tentativo di riunione dei conjugi per parte del giudice (detta Legge § 15); nell'alleviamento delle prove, necessarie onde pronunciare lo scioglimento (detta Legge §§ 9-11), nel senso che non si esiga altra prova fuorchè la produzione della dichiarazione d'invalidità del matrimonio, già pronunciata dal tribunale matrimoniale cattolico; e nell'ommessa decisione sulla colpa di cadaun conjuge, nella sentenza di scioglimento (detta Legge, §§ 12, 13).

6. Gli effetti civili dello scioglimento del matrimonio, di cui parla il presente paragrafo, sono determinati dal successivo § 47.

[1] Notificazione Governativa Lombarda delli 30 luglio dello stesso anno

7. Il giudice ordinario, di cui il terzo alinea del presente paragrafo fa cenno, si determina nei singoli casi secondo i principii della Norma di giurisdizione intorno al foro personale generale, ed è quindi differente da quello additato qui sopra al num. 4.

8. Poichè la legge attribuisce al conjuge cattolico la facoltà di chiedere dal giudice ordinario una sentenza che supplisca allo scioglimento del matrimonio per parte del tribunale matrimoniale del conjuge acattolico, rimane interdetto a quest' ultimo di rivolgersi egli medesimo a tal uopo al giudice ordinario, senza avviare la procedura di scioglimento presso quel tribunale.

9. La dichiarazione di scioglimento del matrimonio, che il conjuge cattolico può chiedere al giudizio ordinario, secondo questo paragrafo, non deve pronunciarsi in confronto di lui solo, ma deve far stato contemporaneamente per ambedue i conjugi. Ad essa potranno poscia ambedue i conjugi richiamarsi nelle controversie che per avventura insorgeranno nell'ordinamento dei loro rapporti giuridico-civili. Imperocchè vuolsi fermare che una tale dichiarazione differisca sostanzialmente da una sentenza intesa propriamente a regolare i rapporti giuridico-civili dei conjugi civilmente sciolti; quest' ultima può farsi solo dopo la prima, e facendo fondamento su questa.

10. La dichiarazione di scioglimento, cui accenna in generale il 4.° alinea dell'attuale paragrafo, è quella emessa dal tribunale matrimoniale del conjuge acattolico, in base alla dichiarazione di invalidità pronunciata dal tribunale matrimoniale cattolico. L'*ultima sentenza* poi, ivi pure menzionata, è la sentenza pronunciata dal giudice ordinario sopra istanza del conjuge cattolico, giusta l'alinea precedente.

11. La disposizione finale di questo paragrafo ha una ragione ed un senso differente, secondochè la si consideri rispetto al conjuge cattolico, o rispetto al conjuge acattolico. Per quest' ultimo, essa discende dal principio generale: non potere un conjuge acattolico passare a nuove nozze, ove le antecedenti non siano state dichiarate nulle, o sciolte; imperocchè, ove anche non sia stato realmente chiesto ed ottenuto lo scioglimento del matrimonio, conceduto da questo paragrafo (1.° alinea) al conjuge acattolico, la legge parifica a siffatto formale scioglimento la dichiarazione che permette (3.° alinea) al conjuge cattolico di invocare dal giudice ordinario (vedi § 47, 1.° alinea, ed eziandio qui sopra n.° 9), e l'una o l'altra di queste decisioni è richiamata nel passo di legge di cui ci occupiamo (vedi num. prec.). Pel conjuge cattolico siffatta disposizione non discende dal diritto matrimoniale cui egli è sottoposto, ed è quindi a considerarsi in suo riguardo come un mero divieto di matrimonio creato dalla legge civile.

12. Chi si fa a considerare complessivamente le disposizioni del presente paragrafo, e dei due precedenti, prevede molto facilmente il caso pratico, in cui durante una procedura di dichiarazione di invalidità del matrimonio, promossa dal conjuge acattolico in base al § 44, ne venga domandata un' altra simile dal conjuge cattolico in base al § 45, o viceversa, e l'altro caso in cui, mentre si agita dal lato del conjuge cattolico la procedura d'invalidità contemplata dal § 45, il conjuge acattolico domandi al proprio tribunale matrimoniale lo scioglimento del matrimonio, permesso dal § 66 di questa Legge, ed in base ad alcuno dei motivi di scioglimento esibiti dal § 115 del Codice civile generale, oppure il contrario accada. Ambedue questi casi non sono contemplati dalla Legge. Noi opiniamo che nel primo caso ambedue le procedure per la dichiarazione d' invalidità possano continuarsi, e se ne debba attendere l'esito. Se ambedue i tribunali pronunciano tale dichiarazione, non v'ha dubbio che i rapporti giuridico-civili di ambedue i conjugi debbano regolarsi giusta il § .1265 del Codice civile; se invece un tribunale dichiari invalido il matrimonio, e l'altro lo dichiari valido, differenti sono gli effetti, secondochè l' una o l' altra dichiarazione provenga dal tribunale matrimoniale del conjuge cattolico, o da quello del conjuge acattolico; se la dichiarazione d'invalidità fu pronunciata dal tribunale matrimoniale del conjuge acattolico, la medesima sola influisce sui rapporti giuridico-civili dei conjugi, atteso il generale disposto del § 44; se la dichiarazione d'invalidità fu pronunciata dal tribunale matrimoniale del conjuge cattolico, questo caso è identico a quello contemplato dal § 46, benchè non sia precorsa la procedura contemplata nel § 45, e deve quindi regolarsi secondo le disposizioni contenute nello stesso § 46, e nel successivo § 47. — Anche nel secondo caso distinta dissopra nulla osta, a nostro avviso, alla contemporaneità delle due procedure; ed opiniamo che dall' esito delle medesime dipenda o l' avviamento in nuova causa delle trattazioni di cui parla il § 45, se il conjuge acattolico non riuscì ad ottenere nella prima causa lo scioglimento del matrimonio, oppure l'inutilità di quelle trattazioni medesime, se lo scioglimento del matrimonio fu nella prima causa

pronunciato. E se questa seconda cosa accade, noi crediamo inoltre che i rapporti giuridico-civili di ambedue i conjugi si debbano regolare in base al solo scioglimento del matrimonio, ottenuto dal conjuge acattolico, e quindi giusta il § 1266 del Codice civile, e il § 47 di questa Legge, siccome un tale regolamento è prescritto pel caso in cui quello scioglimento sia stato ottenuto in conformità al § 46, e nei supposti su cui questo riposa (vedi § 47, 1.° alinea).

§ 47.

Dal giorno dell'emanata sentenza in poi (§ 46), il matrimonio, rapporto ai suoi effetti civili, deve riguardarsi come sciolto. Il giudice ordinario è tenuto a procedere, nelle controversie che fossero per insorgere, a tenore dei §§ 117 e 142 del Codice civile generale.

Se i conjugi non si accordano fra loro mediante convenzione sui loro rapporti relativi ai beni, quelli che furono soggetti a comunione si dividono come in caso di morte, ed i patti nuziali si considerano di regola estinti.

Un'eccezione a questa regola ha però luogo a favore della parte acattolica, quando ad essa non sia imputabile alcuna azione che potesse autorizzare il conjuge cattolico, ove fosse rimasto nella precedente sua confessione acattolica, a presentare la petizione di scioglimento del matrimonio, o di separazione di letto e di mensa, e ciò in modo che a questo conjuge acattolico restino salvi fino a tanto ch'egli durante la vita dell'altra parte non passa ad altre nozze, i diritti a lui assicurati dai patti nuziali o dal patto successorio pel caso di sopravvivenza.

Oltre a ciò, se la sostanza che rimane alla parte acattolica dopo lo scioglimento non è sufficiente pel decente suo sostentamento, il giudice ordinario determinerà un importo da corrispondersi dall'altra parte, avuto riguardo alla sostanza di quest'ultima. Tale obbligazione cessa però quando venga a mancare il bisogno, o quando la parte acattolica passi ad altre nozze.

1. La sentenza a cui si allude nel principio del presente paragrafo, non è già la dichiarazione d'invalidità pronunciata anche dal tribunale del conjuge acattolico (vedi le annotazioni al paragrafo precedente, n.° 2), contrariamente all'ipotesi con cui comincia il § 46, ma bensì, o lo scioglimento del matrimonio pronunciato in conformità al § 46 da quel tribunale, oppure la dichiarazione emessa dal giudice ordinario, in mancanza di un tale scioglimento, giusta quello stesso paragrafo.

2. Il riguardarsi come sciolto il matrimonio, giusta il capoverso 1.° di questo paragrafo, non si applica soltanto agli effetti civili del medesimo, ma eziandio all'essenza del vincolo conjugale, che rimane estinto (note al § 46, n.° 2).

3. In virtù del § 117 del Codice civile generale devonsi prevenire le quistioni intorno ai rapporti giuridico-civili dei conjugi, facili ad insorgere in occasione di scioglimento di matrimonio, per ciò che il giudice si adoperi ad ottenere componimento e transazione delle parti intorno ai medesimi, e, soltanto se un simile tentativo fallisca relativamente all'educazione dei figli, dispone il § 142 dello stesso Codice che il giudice provveda immediatamente *ex officio*. Per tutte le altre quistioni, non riescendo il giudice che pronunciò lo scioglimento a comporre amichevolmente fra loro i conjugi, sono questi rimessi alle vie ordinarie di giustizia. I principii del Codice civile intorno all'ordinamento de' rapporti giuridico-civili di conjugi, il cui matrimonio sia stato sciolto, vi si trovano consegnati nel § 1266. Non v'ha dubbio che i medesimi principii debbano applicarsi anche ai casi di scioglimento contemplati dal § 46 della presente Legge, unitamente però alle norme contenute nell'attuale paragrafo, le quali non sono che parziali modificazioni dei primi, suggerite dalla peculiare indole di quella specie di scioglimenti del matrimonio, a confronto dello scioglimento del matrimonio di persone acattoliche, del quale solamente occupasi il Codice civile.

4. L'estinzione dei patti nuziali dall'epoca dello scioglimento del matrimonio, pronunciata nel capoverso 2.° di questo paragrafo, è principio già espresso nel citato § 1266 del Codice civile generale. L'eccezione poi che a tal principio si fa nel capoverso 3.° è identica per la sostanza a quella fatta in detto paragrafo del Codice civile (2.° e 3.° alinea), ma non eziandio per la condizione da cui dipende, mentre pel Codice civile nient'altro si richiede, perchè ella si avveri, se non che il conjuge cui è conceduta non abbia avuto colpa nello scioglimento. Vi ha però anche in quest'ultimo punto una evidente affinità fra le due leggi. Non dichiara poi il presente paragrafo, se il conjuge acattolico, al quale venne accordato lo scioglimento del matrimonio, di cui esso tratta, possa in qualche caso aver diritto al *pieno soddisfacimento,* cui, secondo il § 1266, del Codice civile, ha diritto il conjuge sciolto, che non è in colpa. Noi opiniamo che, attesa la già avvertita (num. precedente) validità del § 1266 del Codice civile, anche in confronto del § 47 della presente Legge, in quanto i due paragrafi non si combattano, quel diritto al pieno soddisfacimento competa in massima anche al conjuge acattolico, nel caso di cui parliamo. Circa il modo poi di attuarlo in questo caso particolare, tutto dipende dal decidere in quanto quel conjuge possa dirsi in colpa. Certo, a chi rifletta che lo scioglimento del matrimonio, del quale discorriamo, ebbe la sua prima origine nella conversione al cattolicismo di uno de' conjugi, e non in alcun fatto del conjuge rimasto acattolico, quest'ultimo deve parere in ogni caso esente da colpa. Ma siccome il concetto di questa incolposità venne già nel capoverso 3.° del presente paragrafo modificato in un peculiar modo, per riguardo agli altri diritti che in forza del § 1266 del Codice civile competono in generale al conjuge innocente, in seguito allo scioglimento del matrimonio, oltre quello del pieno soddisfacimento, così egli sembra che anche riguardo a quest'ultimo non possa ammettersi l'assenza di ogni colpa nel conjuge acattolico, per quella sola circostanza del non essere stato lo scioglimento originariamente occasionato da lui. E noi riteniamo che appunto per analogia del disposto del capoverso 3.° del presente paragrafo, sia necessario, affinchè il conjuge acattolico possa, dopo lo scioglimento del matrimonio, cui il presente paragrafo si riferisce, pretendere dall'altro conjuge pieno soddisfacimento, in base al § 1266 del Codice civile, che in lui si verifichino le stesse condizioni ivi indicate.

5. Vuolsi ritenere applicabile anche al caso di scioglimento cui si riferisce il presente paragrafo, ciò che il § 1266 (4.° alinea) del Codice civile stabilisce in generale sull'esclusione di ognuno dei conjugi sciolti, dalla successione intestata all'altro conjuge, abbia uno di essi avuto, o no, colpa nello scioglimento. Ciò discende dal rapporto già più volte qui sopra avvertito (n.i 3, 4) fra quel paragrafo del Codice civile ed il presente, benchè quest'ultimo di tale esclusione espressamente non parli.

6. La decisione del giudice intorno a quella non imputabilità del conjuge acattolico, di cui si parla nel capoverso 2.° dell'attuale paragrafo, si risolve non già nel fermare, se, rimanendo ambedue i conjugi nella religione acattolica, il loro matrimonio *sarebbe stato dichiarato sciolto* dal competente tribunale, ma bensì propriamente nello stabilire, come dice la legge, se, in quell'ipotesi, lo scioglimento *avrebbe potuto essere chiesto* dal conjuge acattolico, il che risolvesi nel giudicare, se sussista fra i due conjugi, e per sola colpa del conjuge cattolico, una qualunque di quelle circostanze, le quali, in virtù del § 115 del Codice civile, sono in generale *gravi motivi* per cui può chiedersi lo scioglimento di un matrimonio contratto fra due persone acattoliche. Mentre la prima decisione sarebbe affatto impossibile per ogni giudice, la seconda invece è del tutto regolare, consistendo semplicemente nella soluzione d'una quistione di fatto.

7. Il diritto conceduto al conjuge acattolico dal capoverso ultimo di questo paragrafo, è affatto estraneo al § 1266 del Codice civile. Esso appare consigliato da una manifesta equità, ove si rifletta che lo scioglimento di matrimonio, cui e questo e il precedente paragrafo si riferiscono, benchè regolarmente pronunciato, ha però sempre la primissima sua causa nel solo fatto del conjuge cattolico, cioè nella sua conversione alla religione che attualmente professa. Il qual riguardo è ancora più urgente nei casi in cui quello scioglimento non sia nemmeno opera di sentenza del tribunale matrimoniale del conjuge acattolico, ma di quella dichiarazione del giudice ordinario, cui lice al conjuge cattolico di invocare, in mancanza della prima, giusta il § 46 (3.° alinea).

8. Nulla si dice in questo paragrafo, nè altrove, intorno alla legittimità dei figli, nei casi in cui abbia avuto luogo lo scioglimento di matrimonio cui il primo riferisce. Noi opiniamo essere fuori di dubbio, che i figli rimangono legittimi in seguito a questo

scioglimento, come lo rimangono in generale in seguito a qualunque scioglimento di matrimonio, avvenuto fra acattolici, secondo il Codice civile.

§ 48.

Se due persone, le quali siano cristiane acattoliche allorchè si uniscono in matrimonio, passano poi alla religione cattolica, decide, ove nasca questione sulla validità od invalidità del matrimonio, il Giudizio matrimoniale cattolico. Ma se l'accampato impedimento è estraneo alla legge sotto la quale il matrimonio fu conchiuso, una sentenza che pronunciasse l'invalidità verrà trattata riguardo ai suoi effetti retroattivi sui rapporti di diritto civile dei figli, nello stesso modo come se si fosse dichiarato lo scioglimento del matrimonio, ed alla parte cui venisse a mancare un decente sostentamento, dovrà l'altra, se le condizioni della sua sostanza le permettono, corrispondere un importo annuale da determinarsi mediante convenzione, o quando questa non avesse luogo, dal giudice ordinario. L'obbligo di tale prestazione cessa, se la parte che vi ha diritto non ne ha più bisogno pel proprio decente sostentamento, oppure se passa ad altre nozze.

1. Il caso di cambiamento di religione contemplato in questo paragrafo è uno di quelli che abbiamo annoverati nelle note al § 43 (n.° 1), nei quali si fanno necessarie peculiari disposizioni riguardo all'influenza di cambiamenti di religione dei conjugi sulle norme giuridiche regolatrici del loro matrimonio. La massima sancita nel 1.° alinea del paragrafo discende direttamente dal principio, ora vigente nella legislazione austriaca, che fra cattolici non possa contrarsi, nè esistere matrimonio se non in conformità al diritto canonico. Che poi il matrimonio di due persone, passate dall'acattolicismo al cattolicismo, possa subire gli effetti dei principii del diritto matrimoniale cattolico, fino dalla sua origine, ciò deriva dalla peculiare indole di questi principii. Del resto la legge civile non può ragionevolmente opporre alcun ostacolo a simile efficacia retroattiva, finchè questa non concerna che i conjugi medesimi, i quali per la loro conversione vi si vollero sottoporre l'uno in faccia dell'altro; bensì ve ne può oppore, laddove essa tocchi l'interesse di terze persone, cioè dei figli, ed in questo proposito il presente paragrafo ha anche provveduto (2.° alinea).

2. L'influenza che la dichiarazione d'invalidità di un matrimonio esistente fra due persone cattoliche, ma le quali ambedue erano in origine acattoliche, può esercitare sui rapporti giuridico-civili dei figli, è differente giusta questo paragrafo, secondo che l'impedimento, pel quale l'invalidità venne pronunciata dal tribunale matrimoniale cattolico, era riconosciuto, o no, anche dal diritto matrimoniale, cui erano sottoposti i conjugi prima della loro conversione. Nel primo caso la dichiarazione d'invalidità produce sui rapporti giuridico-civili dei figli quegli effetti che sogliono in generale accompagnare siffatta dichiarazione, giusta il diritto civile generale. Nel secondo caso quei rapporti non vengono regolati in base alla dichiarazione d'invalidità del matrimonio, ma bensì come se fosse stato pronunciato lo scioglimento.

3. Quali siano i rapporti giuridico-civili dei figli, cui questo paragrafo accenna, non è detto; ma non v'ha dubbio che tutti dipendano dalla qualità della loro nascita, che sia legittima od illegittima. Ora, a quali condizioni debbano considerarsi legittimi i figli nati da un matrimonio dichiarato invalido, e con quali effetti sui loro civili diritti, viene attualmente determinato pei cattolici dal § 50 della presente Legge. Laonde è a dirsi che in base a detto paragrafo debbono regolarsi i rapporti giuridico-civili dei figli, nel primo dei due casi distinti nel numero precedente. Supposto poi lo scioglimento di un matrimonio, i figli rimangono legittimi, e questo principio torna in acconcio nel secondo di quei casi.

4. Le cose osservate nei due numeri precedenti rendono chiaro abbastanza che non a tutti i figli si applica il temperamento adottato in questo paragrafo, ma soltanto a quelli nati prima del passaggio dei genitori dall'acattolicismo alla religione cattolica. Imperocchè quel temperamento, essendo stato certamente suggerito da equo riguardo a diritti per avventura acquisiti dei figli, ma questi diritti non si ponno al certo rinvenire

che in quei figli, al tempo della nascita dei quali non avrebbe potuto il matrimonio essere dichiarato invalido. La legge ha resa ancor più chiara la distinzione da noi qui indicata, apponendo agli effetti della dichiarazione d'invalidità, ch'essa vuole modificare a vantaggio dei figli, l'epiteto di *retroattivi;* poichè, riferendosi questa retroattività ad un'epoca anteriore alla conversione dei conjugi, anche i figli di cui si discorre devono al certo essere nati in tale epoca, per poterla evitare.

5. Appena conviene avvertire che le disposizioni di questo paragrafo, peculiari al caso in cui due conjugi attualmente cattolici professassero ambedue originariamente una religione acattolica, non si possono estendere anche a quello in cui *uno solo* di due conjugi attualmente cattolici appartenesse dapprima ad una chiesa acattolica. Imperocchè, una sola essendo la legge matrimoniale pel matrimonio misto, e pel matrimonio di due persone cattoliche, il cambiamento di religione avvenuto nel secondo caso non può avere alcuna influenza sul diritto matrimoniale dei conjugi.

§ 49.

Ogni sentenza che decide sulla validità di un matrimonio dovrà dal vescovo il cui giudizio matrimoniale l'ha proferita, comunicarsi al Capo del Dicastero politico del Dominio. A questo incumbe d'avviare secondo le circostanze le pratiche occorrenti.

1. Le sentenze di cui si parla in questo paragrafo si riferiscono ai casi ordinarii di matrimonii fra due persone cattoliche, o di matrimonii misti, ed inoltre eziandio a quei matrimonii di persone cattoliche, di cui trattano i §§ 44-47, dei quali ogni dichiarazione d'invalidità, pronunciata dal tribunale matrimoniale cattolico, deve trasmettersi al Dicastero politico del Dominio per implicita prescrizione del § 45 (5.° alinea).

2. Non v'ha dubbio che la trasmissione della sentenza debba sempre aver luogo, senza distinzione alcuna per causa delle persone fra le quali è pronunciata. Riguardo ai militari in permesso, in particolare, le dichiarazioni d'invalidità dei loro matrimonii, emanate da qualche tribunale matrimoniale ecclesiastico civile, in virtù della citata Ordinanza 12 ottobre 1858 del Ministero del Culto e del Comando Supremo dell'Armata, debbono pure in virtù di questa medesima Ordinanza (n.° 2) comunicarsi da quel tribunale al Capo politico del Dominio [1].

3. Anche le sentenze pronunciate dal Giudizio matrimoniale ecclesiastico militare sulla validità dei matrimonii di persone militari conjugate nel secondo modo [2], debbono, in virtù della suddetta Ordinanza del Ministero del Culto, e del Comando Supremo dell'Armata del 12 ottobre 1858 (n.° 5), comunicarsi al Capo politico del Dominio della dimora della moglie appartenente allo stato civile.

4. Le pratiche incombenti al Dicastero politico del Dominio, dopo ch'egli ha ricevuta comunicazione delle sentenze emesse da un tribunale matrimoniale ecclesiastico sulla validità di matrimonii di persone cattoliche, consistono specialmente nella ulteriore trasmissione delle medesime sentenze ad altri Dicasteri, secondo le prescrizioni della presente Legge o di altre. Così il § 45 di questa Legge ordina che il Dicastero politico del Dominio comunichi la trasmessagli sentenza di invalidità del matrimonio, al Giudizio matrimoniale del conjuge acattolico. E le sentenze pronunciate dal Giudizio matrimoniale ecclesiastico militare sulla validità del matrimonio di persone militari, conjugate nel secondo modo, devono dal Capo politico del Dominio, a cui vennero comunicate giusta la disposizione accennata nel numero precedente, trasmettersi pure in forza di quella Ordinanza stessa (n.° 2) al Comando Superiore dell'Armata. Lo Schulte (op. cit., ediz. ital., pag. 211) opina che le pratiche del Dicastero politico del Dominio accennate in questo paragrafo debbano consistere eziandio nella partecipazione alla Procura di Stato di ogni azione punibile che emergesse dall'agitata causa di invalidità. Noi ammettiamo la sostanza di questa opinione, ma osserviamo in pari tempo che lo stesso tribunale matrimoniale ecclesiastico, al pari d'ogni altra pubblica autorità vuolsi già ritenere obbligato dalle veglianti leggi (Regolamento del proc. pen., § 71) a denunciare all'Autorità criminale ogni reato da lui scoperto nel corso delle sue giudiziali trattazioni intorno ai matrimonii.

[1] Oltrechè al tribunale matrimoniale ecclesiastico militare.

[2] Cioè, che hanno contratto un matrimonio di *seconda classe.*

§ 50.

I figli nati da un matrimonio invalido, conchiuso dopo la pubblicazione di questa legge, od anche prima, ma continuato oltre questo termine, devono considerarsi legittimi, qualunque sia il motivo su cui si fonda l'invalidità del matrimonio, quando per l'uno almeno dei genitori militi un'ignoranza non colpevole di tale impedimento. In quanto questi figli siano esclusi dall'acquisto di quei beni che dalle disposizioni di famiglia sono specialmente riservati ai discendenti legittimi, si giudicherà secondo le disposizioni generali di legge.

1. Il presente paragrafo contiene norme civili intorno alla legittimità dei figli nati da un matrimonio di persona cattolica, dichiarato invalido secondo i principii del diritto matrimoniale cattolico. Abbiamo già detto nel corso del presente commentario (pag. 16) che tutte le quistioni intorno alla legittimità della nascita di certe persone, la soluzione delle quali fa d'uopo onde decidere intorno ad obblighi o diritti civili comuni, spettano oggidì nell'impero d'Austria, anche pei cattolici, ai fori secolari, col che era implicitamente detto eziandio che devonsi emanare dal legislatore civile le leggi e i principii che in tali quistioni occorrono ([1]). Ora chi osservi entro quali limiti potesse propriamente il legislatore austriaco emanare quelle leggi e principii, si accorge facilmente come il medesimo rispettar doveva il canone fondamentale, che un matrimonio valido secondo il diritto ecclesiastico, e in faccia al tribunale matrimoniale cattolico, debbe conferire, per regola generale, la qualità di legittimi ai figli in esso procreati, e ciò per tutti gli effetti civili che siffatta qualità suol produrre, sia rispetto ai diritti personali, che rispetto a quelli sulle cose; e per converso, che un matrimonio di tale natura, dichiarato invalido da quello stesso tribunale, non può dar luogo ad una procreazione di figli legittimi, con tutte le relative civili conseguenze. Soltanto non essenziali eccezioni a questo principio, e possibilmente conformi al disposto del diritto canonico sul medesimo oggetto, era libero al legislatore civile di stabilire, e queste come proprie norme intorno alla legittimità. Abbiamo già veduto nelle note al § 34, come al principio: che valido matrimonio fa legittimi i figli, il legislatore abbia ivi recato soltanto accidentali eccezioni, risguardanti qualche non essenziale effetto civile della legittimità. Ora le eccezioni al principio reciproco al suddetto sono contenute nel paragrafo attuale, e raccolgonsi nella massima: essere legittimi anche i figli nati da un matrimonio invalido, se la causa di questa invalidità fu senza colpa ignorata da uno almeno dei conjugi. Certamente questa massima eccezionale tocca molto meno da lontano che non facciano le eccezioni contenute nel § 34, il principio generale, perchè non le conseguenze civili della legittimità, ma la legittimità stessa immediatamente concerne, e per poco non contraddice più del dovere allo spirito del diritto canonico, ove la si dovesse considerare di invenzione puramente civile. Ma vuolsi avvertire che l'identica massima, ed alle identiche condizioni è stabilita anche nel diritto canonico cattolico, siccome si scorge confrontando i seguenti passi di legge: cap. *referente* 10, *qui filii sint legitimi* — cap. *pervenit* 11, *eod.* — cap. *ex tenore* 14, *eodem.* Dal diritto canonico essa è passata nella legge civile, il che tanto più si fa chiaro, pensando che nel Codice civile (§ 160) non la si trova già scritta negli stessi precisi termini, ma in altri più ristretti, sicchè l'attuale paragrafo, al suo comparire portò una vera deroga a quel disposto del Codice civile, pei sudditi cattolici dell'Impero. Manifesta è l'equità di una tal massima. Imperocchè, se è mai sempre deplorabile che i figli abbiano a soffrir pregiudizio, per avere i loro genitori commesso un atto invalido, non deesi pretermettere alcun appiglio pel quale tal cosa non abbia ad accadere in ogni singolo caso, e un appiglio siffatto può offrire appunto, nel caso di matrimonio invalido, l'ignoranza di ambedue i genitori, od almeno di uno di essi, della causa d'invalidità, perchè in questo supposto sembra iniquo il far consegire all'operato di ambedue i genitori cosa che ad ambedue è dolorosa, e che ambedue non poterono prevedere. Egli è forse per effetto di questi riguardi d'equità, che la Patente Imperiale 3 giugno 1858, obbligatoria per tutto l'Impero, ordinò che anche i figli nati da matrimonio invalido contratto dopo

([1]) Ciò opina anche il Kutschker (op. cit., vol. V, pag. 379) e lo giudica pienamente conforme allo spirito del diritto matrimoniale della Chiesa cattolica.

la promulgazione di essa Patente, da persone le quali riguardo ai loro affari matrimoniali non soggiacciono alle disposizioni della Patente 8 ottobre 1856, qualunque siano le cause sui cui si fonda l'illegittimità del matrimonio, debbono considerarsi legittimi, quando almeno per uno dei conjugi militi l'ignoranza non colpevole dell'impedimento al matrimonio.

2. Il contenuto dell'attuale paragrafo si applica, a sensi del medesimo: *a*) ai matrimonii conchiusi dopo la pubblicazione di questa Legge; *b*) ai matrimonii conchiusi prima della pubblicazione di questa Legge, ma continuati oltre questo termine. Non dichiara eziandio il paragrafo a quali specie di matrimonii propriamente si riferisca, ma è chiaro che esso si riferisce soltanto ai matrimonii conchiusi tra persone cattoliche, ed altre persone cattoliche, od acattoliche. Imperocchè nei casi in cui siano avvenuti fra i conjugi o nei conjugi i cambiamenti di religione contemplati nei precedenti paragrafi 44-48, od altri che siano pure da comprendersi nei medesimi, l'influenza delle dichiarazioni d'invalidità, ivi contemplate, sulla legittimità della prole, è determinata con differenti principii, da noi accennati (veggansi specialmente le annotazioni al § 44, n.º 4, al § 47, n.º 8). Queste norme prescindono affatto dal riguardo allo stato ed all'indole dell'ignoranza dell'impedimento presso l'uno, o l'uno e l'altro dei conjugi. — Ai matrimonii testè accennati sotto la lettera *b*) appartengono tanto quelli che, essendo stati conchiusi prima della pubblicazione della presente Legge, non furono dichiarati invalidi prima di quest'epoca dal alcun Giudizio secolare, in base al diritto matrimoniale del Codice civile, quanto quelli, per cui siffatta dichiarazione ebbe invece luogo, ma, siccome per avventura causata da un impedimento estraneo alla legge matrimoniale cattolica, perdette il suo vigore dopo la pubblicazione della presente Legge, in forza dell'articolo V, ed in seguito alla riunione dei conjugi contemplata dall'articolo VI della Patente di Promulgazione di essa Legge, sicchè pei medesimi possa venir pronunciata una nuova sentenza di invalidità dal tribunale matrimoniale ecclesiastico.

3. Quale sia l'*ignoranza non colpevole* di cui si parla in questo paragrafo, noi opiniamo collo Stuberauch, nelle sue note al già mentovato § 160 (n.º 2 *d*), ed ai §§ 94-96 (n°. 6) del Codice civile, dove quello stesso requisito è richiesto, che lo si debba desumere dai §§ 1294 e 1297 di detto Codice, che stabiliscono in generale il concetto giuridico della *colpa*. Pertanto si dirà *non colpevolmente ignorato* da un conjuge l'impedimento che rende invalido il matrimonio, allorquando la sua ignoranza non dipenda da *difetto di quel grado di diligenza e di attenzione che può impiegarsi da ognuno che sia dotato di una capacità ordinaria.* L'ignoranza però di cui qui si discorre deve concernere propriamente l'esistenza del fatto che la legge qualifica ad impedimento, nè può riguardare eziandio l'applicabilità di questa medesima qualificazione al fatto, perchè in quest'ultimo caso ella sarebbe *ignoranza di diritto*, per fondamental massima della vigente legislazione civile (Codice civile, § 2) non mai scusabile presso alcun giudice secolare, dacchè il diritto matrimoniale canonico cattolico è ora eziandio legge civile dello Stato.

4. Nello esaminare ne' singoli casi, se vi abbia *ignoranza non colpevole*, giusta i dettami indicati nel numero precedente, il giudice è lasciato pienamente libero. Egli non è menomamente tenuto in particolare a giudicare colpevole l'ignoranza di un impedimento, per la sola ragione che ai conjugi sia per avventura imputabile l'omissione delle pubblicazioni del loro matrimonio, siccome invece stabilisce il diritto canonico (cap. *cum inhibitio, de clandest. desponsat.* Vedi Sanchez, lib. III, disp. 42). Imperocchè nè il diritto canonico può determinare il giudice secolare in quella materia, regolata unicamente dal diritto civile, nè da questo diritto si può dedurre una regola siffatta, mentre in nessun caso è possibile stabilire con certezza, che le pubblicazioni avrebbero fatto conoscere l'impedimento, ignorato all'epoca della conchiusione del matrimonio. Così pensa anche il Kutschker (op. cit., vol. V, pag. 408). Osserviamo poi con questo autore (ibid., pag. 409) che non si potrà mai, se non incorrendo in un assurdo, trovar colpevole l'ignoranza dell'impedimento del legame, per la ragione che un precedente matrimonio sia stato a torto ritenuto sciolto da infondata dichiarazione di morte, oppure a torto giudicato invalido da infondata dichiarazione d'invalidità, poichè il conjuge che contrasse il secondo matrimonio aveva ragione di ritener per vera e fondata ognuna di tali dichiarazioni, se regolarmente pronunciata.

5. Poichè, siccome abbiamo avvertito più volte, la legittimità dei figli è uno degli effetti civili del matrimonio, ed è quindi pei sudditi cattolici dell'impero austriaco

oggetto di regolamento della legge civile, consegue, che anche nel giudicare intorno ad essa tornino in acconcio le norme stabilite in generale nel § 51 di questa Legge intorno al rapporto che deve passare fra le sentenze finali del giudizio ecclesiastico sulla validità dei matrimonii, e la determinazione degli effetti civili dei medesimi. Pertanto è a dirsi, che nel giudicare intorno alla legittimità de' figli nati da un matrimonio dichiarato invalido da un tribunale matrimoniale ecclesiastico cattolico vuolsi tener conto della disposizione generale del capoverso 2.° di quel paragrafo. E ciò conduce a stabilire, che, allorquando un matrimonio sia stato dichiarato invalido per uno degli impedimenti enumerati nel § 80 dell'Istruzione, i figli nati per avventura dal medesimo debbono risguardarsi come legittimi, senz'altra indagine sull'essere stato, o no, l'impedimento ignorato senza colpa da ambedue i conjugi, o da uno di essi. Imperocchè ogni qualvolta accade scioglimento di un matrimonio, legittimi sono i figli, ed è appunto l'ipotesi di uno scioglimento del matrimonio, dichiarato invalido, che viene in quel passo di legge prescritto come base nel regolare i rapporti giuridico-civili dei figli.

6. Non dichiara la legge, nè in questo paragrafo, nè altrove, quale Giudizio sia competente a decidere intorno alla legittimità de' figli nati da matrimonii invalidi, applicando i principii in questo paragrafo stabiliti. Ove però si consideri che siffatta decisione concerne uno degli effetti civili del matrimonio, non sembra dubbio che la medesima spetti unicamente al Giudizio secolare ordinario. Conferma implicitamente questa competenza il § 52 della presente Legge, il quale stabilisce in generale dovere il Giudizio secolare decidere dal fatto della non colpevole ignoranza, in quanto da questa dipendano diritti civili. Imperocchè la decisione di cui parliamo non può mai consistere appunto in altro fuorchè nel fermare, se la legittimità dei figli si possa fondatamente ammettere in base ad ignoranza non colpevole della causa d'invalidità del matrimonio presso uno, o l'uno e l'altro dei genitori, mentre non può darsi che si provochi giudiziale conferma di ciò: che il semplice fatto dell'invalidità di un matrimonio, non accompagnato da alcun'altra circostanza, renda illegittimi i figli. — I casi nei quali il Giudizio secolare può essere chiamato a decidere colle norme dell'attuale paragrafo intorno alla legittimità di figli nati da matrimonio dichiarato invalido dal tribunale ecclesiastico, sono facilmente preveduti. Una gran parte dei medesimi consisteranno certamente in controversie insorte intorno all'esercizio di diritti di successione, che non possano appartenere che a persone di nascita legittima, sia che risguardino la successione di congiunti a congiunti, sia che risguardino il trapasso in certi membri di una famiglia di un avere o diritto qualunque, trasmissibile perpetuamente nella medesima. Alcune di queste controversie possono agitarsi anche vita durante dei genitori delle persone alle quali si riferiscono, come quando taluno avesse chiamato con testamento alla sua eredità il figlio od i figli legittimi di persona vivente, il cui matrimonio ancor prima della devoluzione dell'eredità fosse stato dichiarato invalido. Come poi il giudice secolare possa decidere della legittimità, nei casi di cui discorriamo, senza invadere menomamente il campo in cui si tenne il tribunale ecclesiastico, che pronunciò l'invalidità del matrimonio, ed anzi, come prescrive il capoverso 1.° del § 51, prendendo a norma questa medesima sentenza, non si può altrimenti immaginare, fuorchè ammettendo che egli desuma i fondamenti di sua disamina dalla sola sentenza del tribunale ecclesiastico, e dai motivi di essa, e dai fatti in questo modo pienamente provati decida, se, da chi, ed in qual modo, sia stato ignorato fra i conjugi l'impedimento che fu causa dell'invalidità. Vi hanno certi casi in cui la possibilità di dedurre questa seconda sentenza dalla prima o non può mancare, quali sono i casi in cui la dichiarazione d'invalidità del matrimonio abbia avuto per motivo l'impedimento dell'errore (Istruz., §§ 14, 15, 116), il quale contiene in sè anche l'ignoranza, sicchè per istabilire il primo è inevitabile mettere in chiaro in pari tempo l'esistenza e l'indole della seconda, oppure non può mancare che assai difficilmente, siccome in generale nei casi in cui l'invalidità venne dichiarata a motivo di qualche impedimento privato, cui i soli conjugi possono far valere, alla condizione però che quello di essi che voglia ciò fare, dimostri di averlo ignorato senza sua colpa (vedi, per es., i §§ 117, 121 dell'Istruzione). Ma eziandio in altri casi, diversi da quelli testè accennati, la sentenza del tribunale matrimoniale può toccare implicitamente, o esplicitamente della consapevolezza dei conjugi scienza dell'impedimento, che diede causa all'invalidità, perchè il giudice può molto facilmente essere condotto a ciò nella narrazione del fatto, da cui insorse la controversia. Che se avvenga che in nessun

modo la sentenza sulla invalidità del matrimonio presti al giudice secolare i necessari elementi, nè per ammettere, nè per negare la non colpevole ignoranza dell'impedimento in nessuno dei conjugi, deve il medesimo respingere senz'altro la domanda presentatagli sul punto, che la legittimità dei figli nati dal matrimonio dichiarato invalido venga ammessa, o niegata. Vuolsi poi avvertire che, pronunciata una volta da un giudice secolare nel modo suesposto la legittimità o l'illegittimità della nascita di persona procreata in un matrimonio invalido, questa sentenza, siccome relativa allo *stato* della persona medesima, può essere richiamata e tenuta in conto in ogni altra controversia, in cui appaja necessaria, dacchè è principio giuridico, che, appunto per le decisioni, le quali diffiniscono quistioni di stato, soffre eccezione il noto aforismo: *res inter alios acta, tertio nec prodest nec nocet* (1).

7. Spettando anche attualmente alla legge civile dar norme proprie intorno alla determinazione della legittimità della nascita di sudditi cattolici, in quanto queste norme non contraddicano ai principii fondamentali del diritto matrimoniale canonico, non v'ha dubbio, che, oltre a quelle di tali norme contenute nella presente Legge, e compendiate nell'attuale paragrafo, siano pure oggidì in pieno vigore pei sudditi cattolici dell'Impero le altre contenute nei §§ 138, 156-159, 161 del Codice civile generale. Quanto al disposto in particolare del § 161 di questo Codice, sulla legittimazione per matrimonio susseguente, non può fare ostacolo all'applicazione del medesimo anche fra i sudditi cattolici, e in tutta la sua estensione, in modo di abbracciare anche i figli adulterini, la circostanza che la legittimazione di questi ultimi per susseguente matrimonio non è ammessa nel diritto canonico, siccome appare dal canone *causam*, 4, *qui filii* (2). Imperocchè siffatta eccezione non può di sua natura essere stata suggerita allo stesso legislatore canonico dai principii fondamentali del diritto matrimoniale, ma bensì da altri riguardi, affatto differenti, di prudenza legislativa. — Vogliamo inoltre qui avvertire che nè dal § 161 del Codice civile, nè dal § 50 della nuova Legge matrimoniale civile, può dedursi che, verificandosi la non colpevole ignoranza di uno almeno dei conjugi circa l'impedimento per cui il matrimonio fu dichiarato invalido, possa questo matrimonio servire alla legittimazione di figli procreati dai conjugi anteriormente al medesimo. Imperocchè il favore accordato da quel § 50 ad alcuni matrimonii dichiarati invalidi non può estendersi oltre l'oggetto cui si riferisce, cioè oltre la legittimità dei figli procreati nei matrimonii stessi, dovendo rimanere inconcussa, laddove non le vien fatta eccezione, la regola generale: che matrimonio invalido rende illegittimi i figli.

8. Le *disposizioni generali di legge*, cui si riferisce il 2.° alinea del presente paragrafo, non possono contenersi altrove che nel Codice civile. Questo Codice tratta veramente nel 2.° alinea del § 160 dello stesso oggetto toccato da quel passo di legge, e lo fa con termini identici, mentre dichiara che i figli nati da matrimonio invalido, ma tuttavia riconosciuti come legittimi, per l'esistenza della condizione voluta dalla legge, « sono esclusi dall'acquisto di quei beni che dalle disposizioni di famiglia sono specialmente riservati ai discendenti legittimi. » Pertanto vuolsi ritenere che il 2.° alinea del presente paragrafo contiene già le disposizioni cui si riferisce, e soltanto conferma il fondamento delle medesime nel diritto civile generale.

(1) Pertanto noi non aderiamo all'opinione proposta dai dottori Orefici e Lazzarini (op. cit., pag. 433-434) che la sentenza del giudice secolare sulla eventuale non colpevole ignoranza dei conjugi, il cui matrimonio fu dichiarato invalido, debba essere pronunciata *ex officio*, dopo la dichiarazione d'invalidità, emanata dal tribunale matrimoniale, e comunicata dal Capo del Dicastero politico del Dominio, secondo il § 49 di questa Legge. Egli è bensì vero, che con siffatta opinione si evita l'inconveniente che lo stato dei figli rimanga incerto fino a che la sentenza del giudice secolare venga pronunciata sopra domanda di una parte interessata, siccome quei dottori osservano; ma egli è vero altresì, che, anche secondo il diritto matrimoniale attualmente vigente pei sudditi non cattolici dell'Impero, cotale inconveniente sussiste, non potendosi certamente dedurre dal § 13 della Notificazione Governativa Lombarda 30 luglio 1819, che nel dichiarare l'invalidità di un matrimonio debba sempre il giudice decidere in pari tempo se per ambedue, o per qualcuno dei conjugi v'abbia colpa, come questa decisione è prescritta nella medesima Legge (§ 12) pei casi in cui venga pronunciata fra conjugi la separazione di letto e di mensa. Imperocchè il conoscere della colpa dei conjugi non è così strettamente connesso ad una sentenza sulla validità del matrimonio, come lo è ad una sentenza di separazione di letto e di mensa, e quel § 13 non si riferisce al precedente § 12, se non per quelle cose che per loro natura si *possano* riportare dal secondo nel primo.

(2) E come fu ampiamentedimostrato da Benedetto XIV nel Breve *Reddita nobis* del 3 dicembre 1744, diretto all'Arcivescovo di San Domingo.

§ 51.

La sentenza finale pronunciata dal competente Giudizio ecclesiastico sulla validità del matrimonio vale come norma per la determinazione degli effetti di diritto civile a riguardo del medesimo.

Se per altro il matrimonio fu dichiarato invalido per uno degli impedimenti enumerati nel § 80 dell'Istruzione pei Giudizj ecclesiastici, i rapporti di diritto dei figli devono regolarsi nello stesso modo, come se avesse avuto luogo lo scioglimento del matrimonio.

La parte esente da colpa è anche autorizzata a pretendere una indennizzazione dalla parte colpevole.

1. Il capoverso primo di questo paragrafo non fa che disciplinare la pratica attuazione del principio: spettare ai tribunali matrimoniali ecclesiastici il decidere tutte le quistioni vertenti sull'essenza del vincolo conjugale, ed ai tribunali secolari il decidere quelle che vertono sugli effetti giuridico-civili del matrimonio. Onde porre in armonia le prime decisioni colle seconde, la legge stabilisce che, pronunciata dal competente Giudizio ecclesiastico sentenza sulla validità del matrimonio, questa sentenza debba servire di norma al competente Giudizio secolare, per la determinazione degli effetti giuridico-civili del matrimonio. Prima conseguenza di questo principio si è che il Giudice secolare non possa mai attribuire ad un matrimonio dichiarato invalido dal Giudizio ecclesiastico effetti giuridico-civili essenzialmente nascenti da matrimonio valido, nè per converso negare a quest'ultimo uno di tali effetti. Altra conseguenza se ne deve dedurre per quei casi, in cui non tanto deve tener dietro ad una sentenza del tribunale ecclesiastico sulla validità del matrimonio una seconda sentenza del tribunale secolare sugli effetti giuridico-civili del medesimo, quanto piuttosto sulle istesse basi su cui la prima sentenza si appoggia, deve il giudice secolare erigere una propria decisione intorno a qualche punto dal tribunale ecclesiastico non contemplato. Un tal caso noi lo abbiamo riscontrato nell'analizzare il paragrafo precedente (n.° 6) nella decisione del giudice secolare sull'*ignoranza* dell'impedimento presso conjugi, il cui matrimonio venne dichiarato invalido, quale fondamento ad altra decisione sulla legittimità della nascita dei figli procreati in costanza di tale matrimonio. Onde evitare in casi di questa natura ogni collisione tra l'operato del giudice ecclesiastico e quello del giudice secolare, non vi ha altro mezzo fuorchè l'obbligare il giudice secolare a non assumere altri fatti o circostanze a fondamento delle propria sentenza, fuorchè quelli che sono assunti, e irrevocabilmente fissati nella precedente sentenza del giudice ecclesiastico, e nei motivi di questa, siccome abbiamo appunto mostrato nelle annotazioni al paragrafo precedente (n.° 6).

2. Quali si dicano propriamente effetti giuridico-civili del matrimonio, noi abbiamo già indicato in altro luogo (pag. 16, n.° 5) di questo commentario. Negli effetti civili del matrimonio tutto il diritto di successione si riassume, e vi entrano molteplici rapporti giuridici sia delle persone fra di loro, che delle persone colle cose. Le norme poi che il giudice secolare deve applicare nella determinazione degli effetti giuridico-civili del matrimonio, sono contenute nel Codice civile generale al Capitolo III, che espone e regola i diritti fra i genitori e la prole, ed al Capitolo XXVIII, che tratta dei patti nuziali. Introducono poi modificazioni parziali a tali norme del Codice civile il § 50, e il capoverso secondo del § 51 della presente Legge.

3. Allorquando un matrimonio è dichiarato invalido, i rapporti giuridico-civili dei figli, in esso procreati, si regolano in generale a seconda del potersi i medesimi considerare legittimi od illegittimi, giusta il disposto del § 50, perchè questa distinzione presiede alle disposizioni relative del Codice civile, qui sopra (num. preced.) indicate. A questa regola introduce un'unica eccezione, sconosciuta al Codice civile, il capoverso secondo dell'attuale paragrafo. In forza del medesimo, devono i rapporti giuridico-civili dei figli, i cui genitori vissero in un matrimonio dichiarato invalido, regolarsi non in base a questa dichiarazione, ma in base a finzione di avvenuto *scioglimento* del matrimonio, ogni qualvolta la riconosciuta causa d'invalidità sia una di quelle enumerate nel § 80 dell'Istruzione. Noi abbiamo già avvertito nelle annotazioni al paragrafo precedente (n.° 5) che siffatta disposizione implica sostanzialmente, che i figli nati da matrimonii dichiarati invalidi per una di quelle cause debbano consi-

derarsi legittimi, senza bisogno della conferma, o ad onta della ripugnanza del § 50; ora dobbiamo soggiungere che in forza della medesima disposizione quei figli partecipano anche a tutti gli altri rapporti giuridico-civili dei figli legittimi, oltre a quello concernente la stessa qualità della nascita. Il motivo di questa eccezione parziale al principio generale sancito nel capoverso 1.° del paragrafo sugli effetti giuridico-civili delle sentenze intorno alla validità dei matrimonii, vien posto a ragione dallo Schulte (op. cit., ed. ital., pag. 215) nella poca gravità degli impedimenti contenuti nel § 80 dell'Istruzione, congiunta alla circostanza che i medesimi sono tutti quanti sconosciuti al Codice civile, sicchè fu meno irregolare che equo il difendere dalle conseguenze di essi l'innocente prole nata da quei matrimonii in particolare che furono conchiusi, vigendo il diritto matrimoniale del Codice civile, senza osservarli, e che per questo motivo potrebbero venire dichiarati invalidi dai tribunali ecclesiastici dopo l'attuazione delle nuove leggi matrimoniali. Egli è però di fatto che l'applicazione della eccezione in discorso venne molto ristretta mediante il Breve pontificio 17 marzo 1856, già da noi riferito (pag. 26), il quale impedisce che per nessuno degli impedimenti enumerati nel § 80 dell'Istruzione venga dichiarato invalido alcun matrimonio contratto secondo il diritto matrimoniale del Codice civile, e il quale dovesse ora giudicarsi secondo i principii del diritto matrimoniale canonico. Quegli impedimenti poi sono i seguenti: 1.° il terzo e quarto grado di consanguineità e di affinità nata da unione illecita; 2.° la cognazione spirituale; 3.° l'affinità per unione illecita in linea retta; 4.° la pubblica onestà nascente da matrimonio rato non consumato; 5.° la pubblica onestà nascente da matrimonio invalido non consumato; 6.° la pubblica onestà nascente dagli sponsali.

4. L'obbligo di indennizzazione, sancito nel capoverso 3.° di questo paragrafo, trovasi scritto eziandio nel § 1265 del Codice civile generale, che espone le conseguenze civili delle dichiarazioni di invalidità. La *colpa*, di cui si parla in ambedue i passi di legge, non consiste già in una *ignoranza colposa* dell'impedimento che fu causa dell'invalidità del matrimonio, e della quale si tratta nel § 50 di questa Legge, ma bensì, come appare dalla citazione che il § 1265 del Codice civile fa del § 102 dello stesso Codice, consiste nella positiva consapevolezza di tale impedimento, e nel silenzio serbato intorno al medesimo. Il valore giuridico poi del vocabolo *indennizzazione*, che s'incontra nella disposizione in discorso, è determinato dal § 1323 del Codice civile, nel senso che la medesima in altro non consista fuorchè nel risarcimento del solo danno dato. Noi non crediamo però che la sola indennizzazione propriamente detta sia sempre, e senza eccezione, a prestarsi per la colpa del celato impedimento dirimente; ma opiniamo invece ch'essa debba prestarsi bensì nella maggior parte dei casi, ma non sia esclusa la prestazione del *pieno soddisfacimento*, a termini del § 1324 del Codice civile generale, in quei casi in cui l'omessa manifestazione dell'impedimento sia stata cagionata da dolo di un conjuge, allo scopo di creare disturbi e pregiudizii all'altro conjuge.

§ 52.

Il Giudizio secolare decide riguardo all'indennizzazione, che la parte colpevole deve prestare alla parte innocente, al collocamento dei figli ed in generale a tutte le questioni nascenti relativamente ai beni dalla dichiarazione d'invalidità, come pure riguardo al fatto della non colpevole ignoranza, in quanto da essa dipendano diritti civili.

1. Dopo avere stabilite nei §§ 50 e 51 i principii e le norme secondo cui devono giudicarsi gli effetti giuridico-civili delle dichiarazioni d'invalidità, passa la Legge nel paragrafo attuale a stabilire, che l'applicazione di tali principii e norme spetta al Giudizio secolare, ed allo stesso tempo nomina cotali effetti, ripetendo e spiegando quelli accennati nei due paragrafi precedenti. Siffatta competenza del foro secolare venne da noi già accennata nelle annotazioni ai §§ 50 (n.° 6) e 51 (n.° 1), e per verità essa discende direttamente dal principio fondamentale: che degli effetti giuridico-civili del matrimonio decide attualmente anche pei cattolici il solo Giudizio secolare, ed è inoltre abbastanza indicata dal fatto stesso che in questa medesima Legge si contengono principii di mera creazione del legislatore civile, intorno agli effetti giuridici delle dichiarazioni d'invalidità, di guisa che la conferma della medesima, contenuta nell'attuale paragrafo, appena può sembrar necessaria, e trovasi certamente fuori di posto, separata come è in ispecie dal capoverso 1.° del § 51.

2. La determinazione del giudice secolare nominato in questo paragrafo, in ogni singolo caso, si fa certamente secondo i principii generali intorno alla competenza, contenuti nella Norma di giurisdizione. Come poi il medesimo giudice debba contenersi nella decisione delle cause a lui affidate, viene chiarito dal capoverso 1.° del § 51, e dalla annotazione 6.ª da noi apposta al § 50.

3. Circa il collocamento dei figli, nei casi in cui il matrimonio da cui nacquero sia stato dichiarato invalido, il giudice secolare debbe attenersi al disposto del § 142 del Codice civile.

4. Quale connessione abbia la decisione del giudice secolare intorno alla *non colpevole ignoranza*, accennata in questo paragrafo, con quella intorno alla legittimità dei figli, secondo il § 50, fu da noi esposte nelle note a quest'ultimo paragrafo (n.° 6 in principio).

5. Per tutte le controversie cui può dar luogo l'attuazione del presente paragrafo il § 64 di questa Legge permette ai conjugi di eleggere arbitro il giudizio matrimoniale. Rimandiamo il lettore alle annotazioni da noi apposte all'anzidetto paragrafo, le quali sono applicabili eziandio ai casi contemplati dal paragrafo attuale.

§ 53.

La dichiarazione d'invalidità del matrimonio deve inscriversi nel libro dei matrimonii, e se fu conchiuso in un luogo terzo, alla cui parrocchia non apparteneva nè l'uno nè l'altro degli sposi, l'iscrizione si farà non solo nel libro dei matrimonii della parrocchia, dove seguì la conclusione del matrimonio, ma in quella eziandio del parroco che ha delegato la celebrazione.

L'iscrizione della dichiarazione d'invalidità di un matrimonio nel libro dei matrimonii, trovasi ordinata anche nel § 122 del Codice civile, il quale però non contempla al pari dell'attuale paragrafo il caso in cui il matrimonio sia stato conchiuso in luogo terzo, alla cui parrocchia non apparteneva nè l'uno nè l'altro degli sposi. Concorde col disposto del paragrafo attuale è quello del § 204 dell'Istruzione. Manca però in ambedue questi paragrafi la determinazione dell'autorità incaricata a far eseguire quella iscrizione, mentre invece il § 122 del Codice civile dà questo incarico al giudice avanti al quale fu trattata la causa d'invalidità. Noi crediamo che oggidì non ad altri che al tribunale matrimoniale ecclesiastico, presso a cui fu trattata la causa d'invalidità, incumba il dovere di vegliare all'iscrizione della medesima nei registri matrimoniali parrocchiali, mediante opportuna partecipazione al parroco corrispondente. E reputiamo che non abbiano più alcun vigore oggidì fra i sudditi cattolici dell'Impero i Decreti Aulici 30 luglio 1808, e 11 luglio 1817, coi quali fu ordinato che i giudizii criminali debbano, allorquando sia stato provato presso di loro un reato di bigamia, provvedere alla iscrizione della invalidità del secondo matrimonio nei libri parrocchiali; imperocchè nessun tribunale, all'infuori del matrimoniale ecclesiastico, può oggidì pronunciare dichiarazione d'invalidità sui matrimonii di quei sudditi.

§ 54.

Se taluno, fosse anche per porre fondamento a pretese di diritto meramente civili, sostiene la nullità di una sentenza pronunciata sulla validità del matrimonio dal Giudizio matrimoniale cattolico durante la vita di ambedue i conjugi, oppure in seguito ad un'investigazione incoata mentre erano in vita ambedue i conjugi, egli ha per tale scopo a rivolgersi al Giudizio ecclesiastico.

1. Il principio stabilito in questo paragrafo è già contenuto in quello sancito nel capoverso 1.° del § 51, poichè sarebbe in manifesta contraddizione all'obbligo incombente al giudice secolare di attenersi alla sentenza pronunciata dal tribunale matrimoniale ecclesiastico sulla validità del matrimonio, nel giudicare intorno agli effetti civili di questo, che il medesimo si prestasse a decidere da sè intorno a quel punto di bel nuovo, onde regolare poscia quegli effetti in base a codesta sua decisione. Che poi sia ammissibile anche da parte di terze persone l'impugnativa di una

sentenza pronunciata da un tribunale ecclesiastico sulla validità di un matrimonio, presso il medesimo tribunale, ciò è riconosciuto nel diritto canonico, e trovasi espressamente sancito nel § 196 dell'Istruzione.

2. Il diritto di terze persone, di impugnare sentenze pronunciate intorno alla validità dei matrimonii dai tribunali matrimoniali ecclesiastici, è particolarmente considerato in questo paragrafo in relazione a quelle di tali sentenze che furono pronunciate o preparate durante la vita di ambedue i conjugi. Per quelle pronunciate dopo la morte o di ambedue i conjugi, o di uno di essi, il relativo diritto d'impugnativa trovasi contemplato non in questo paragrafo, ma nel § 55 successivo. Non distingue invece l'attuale paragrafo il caso in cui l'impugnativa di una sentenza sulla validità del matrimonio, pronunciata durante la vita dei conjugi, venga promossa pure entro questo periodo, da quello in cui venga promossa invece dopo lo scioglimento del matrimonio per morte, ma all'uno ed all'altro caso egualmente si applica.

3. L'adizione del tribunale ecclesiastico, ordinata in questo paragrafo, non mira già ad una rettifica della procedura esaurita dal giudice di prima Istanza, nè ad una ripetizione della medesima in grado di appello, ma bensì, propriamente, alla riassunzione di essa presso lo stesso giudizio di prima Istanza, che emanò la sentenza impugnata, a sensi del già citato § 196 dell'Istruzione, e in conformità al principio di gius canonico ivi formulato, « che una sentenza sulla validità di un matrimonio non acquista mai forza di cosa giudicata. »

§ 55.

Se viene contestato avanti al Giudizio ecclesiastico e da questo dichiarato invalido un matrimonio, solo dopo che il medesimo è già sciolto per morte, tale sentenza non influisce punto sugli effetti di diritto civile del matrimonio stesso. Qualora perciò taluno per porre fondamento a pretese di diritto civile sostiene la nullità di un matrimonio, il quale prima del suo scioglimento avvenuto per morte o non fu menomamente posto in dubbio, oppure lo fu senza alcun effetto, il Giudizio cui spetta il decidere a riguardo dei diritti controversi, giudicherà a tal uopo anche della validità del matrimonio, e tale decisione vale per gli effetti meramente civili di esso.

Allorchè il matrimonio fu conchiuso dopo la pubblicazione di questa legge, od anche prima, ma fu continuato oltre un tal termine, la sua validità dovrà, nel relativo procedimento, giudicarsi secondo la legge della Chiesa; ma non si possono far valere quegli impedimenti che sono enumerati nel § 80 dell'Istruzione pei Giudizii ecclesiastici, nè quelli che furono tolti di fatto, o mediante dispensa, durante ancora la vita dei conjugi, nè finalmente quelli che possono accamparsi solamente dai conjugi o da uno di essi.

1. Abbiamo già avvertito nelle annotazioni al paragrafo precedente (n.° 2), che il paragrafo attuale contempla casi, che di loro natura avrebbero potuto essere compresi nella disposizione del primo, ma dei quali tuttavia questo non fa espressamente parola, e tali sono i casi in cui da terze persone si voglia impugnare la validità di un matrimonio sciolto per morte, e non dichiarato valido dal tribunale ecclesiastico matrimoniale già durante la vita dei conjugi, oppure l'invalidità di un simile matrimonio, pronunciata da quel tribunale dopo la morte dei conjugi. Non v'ha dubbio che tanto la prima impugnativa quanto la seconda debbano in massima farsi presso il competente tribunale ecclesiastico, in virtù del generale principio, che intorno al vincolo conjugale soltanto al medesimo spetta il decidere; laonde si sarebbe potuto aspettare che il § 54, il quale ha per base appunto un tale principio, contemplasse i casi testè esposti non meno di quelli di cui si occupa. Che anche dopo lo scioglimento di un matrimonio per morte, sia competente il solo tribunale ecclesiastico a giudicare sulla validità, laonde non si possa impugnare se non presso quel tribunale una sentenza di invalidità ch'egli abbia per avventura pronunciata in quell'epoca, e presso lui solo avviar

si possa una procedura di nullità che durante la vita dei conjugi egli o non ebbe occasione, o non trovò ragione di pronunciare, tutte queste cose sono in parte esplicitamente, in parte implicitamente supposte nell'attuale paragrafo. Egli è però soltanto in relazione all'influenza delle decisioni e delle cause testè mentovate sulle decisioni intorno agli effetti giuridico-civili di matrimonii sciolti per morte, che l'attuale paragrafo dispone, dando peculiari disposizioni materialmente diverse da quella del § 54, e dal generale principio su cui tanto quest'ultimo paragrafo quanto l'attuale riposa. Secondo il § 55, le sentenze sulla validità, pronunciate da competente tribunale ecclesiastico matrimoniale, intorno a matrimonii sciolti per morte, non influiscono punto sugli effetti giuridico-civili dei medesimi, laonde ognuno, il quale abbia bisogno di impugnare la validità di uno di tali matrimonii, onde dar fondamento a pretese relative agli effetti giuridico-civili di essi, può provocare una decisione in proposito dallo stesso giudizio secolare chiamato a decidere su quegli effetti, sia o non sia stata pronunciata la validità o l'invalidità del matrimonio dal tribunale ecclesiastico. Chi pertanto voglia raccogliere ed ordinare le disposizioni contenute nei §§ 54 e 55 di questa Legge riesce al seguente risultato: *a*) i tribunali ecclesiastici sono competenti a giudicare sulla validità dei matrimonii, tanto se i conjugi sono ancora in vita, quanto dopo la loro morte; *b*) nel primo dei due casi testè distinti le decisioni dei tribunali ecclesiastici servono di norma ai giudizii secolari nel giudicare intorno agli effetti civili dei matrimonii, laonde chi per promuovere quest'ultimo giudizio, avesse bisogno di impugnare una di quelle decisioni, dovrebbe esperimentare la propria impugnativa presso il tribunale ecclesiastico; *c*) nel secondo di quei casi invece le decisioni dei tribunali ecclesiastici non hanno influenza alcuna sulla determinazione degli effetti civili dei matrimonii per opera dei giudici secolari, laonde chi allo scopo di questa determinazione avesse bisogno di impugnare la validità di un matrimonio, dovrebbe adire a quest'uopo lo stesso foro secolare, senza poter fare alcun appoggio su di una dichiarazione di invalidità, pronunciata per avventura dal competente tribunale ecclesiastico.

2. La ragione dell'eccezionale stabilimento contenuto nel capoverso 1.° di questo paragrafo, si è la poca certezza che naturalmente accompagna le discussioni sulla validità dei matrimonii condotte senza l'intervento dei conjugi.

3. La competenza attribuita in questo paragrafo ai giudici secolari ordinarii di pronunciare in certi casi intorno alla validità dei matrimonii, vuolsi risguardare come un'eccezione alle massime generali intorno alla competenza, statuiti dalle vigenti Norme di giurisdizione, ed in ispecie dal § 14 (lett. *a*) della Norma di giurisdizione del 20 novembre 1852 pel regno Lombardo-Veneto.

4. Pronunciata una volta da un giudice secolare qualunque una dichiarazione d'invalidità di un determinato matrimonio, sciolto per morte, onde porre fondamento ad una decisione sugli effetti civili del medesimo, noi non crediamo che non se ne possa pronunciare una nuova sullo stesso matrimonio da altro giudice secolare in una simile occasione, ma crediamo al contrario che a questa ripetizione nulla si opponga per un numero qualsiasi di volte. Imperocchè tutte queste sentenze, puramente pregiudiziali ad altre affatto comuni, ed eziandio fosse coesistenti in pratica ad una pronunciata sul medesimo oggetto dal tribunale ecclesiastico, solo competente per essa a ragione dell'indole della causa, non possono dirsi fare stato, laonde può loro applicarsi, come ad ogni altra sentenza emessa in causa di diritto affatto ordinaria, il noto adagio: *res inter alios acta*, ecc.

5. Il capoverso 2.° del presente paragrafo è una diretta continuazione del primo, ed addita le norme giuridiche, cui deve il giudice secolare attenersi nelle decisioni sulla validità dei matrimonii, a lui attribuite dal capoverso primo. Che in queste decisioni debba il giudice secolare, come prescrive il passo di legge in discorso, osservare in massima le disposizioni matrimoniali canoniche, ciò discende dal principio fondamentale, che i matrimonii dei cattolici debbono attualmente giudicarsi nello Stato austriaco secondo quelle disposizioni, non essendo in contraddizione alcuna con questo principio l'eccezionale competenza attribuita nell'attuale paragrafo al foro secolare, siccome appare dalla ragione di questa, qui sopra (n.° 2) da noi esposta. Richiamiamo qui cosa che abbiamo già osservata al principio di questo Commentario (pag. 11), che cioè egli è appunto allorchè il giudice secolare è chiamato ad applicare egli stesso le leggi matrimoniali canoniche, che si verifica l'unico caso della forza di legge dell'*Istruzione pei giudizii ecclesiastici austriaci nelle cause matrimoniali*, imperocchè le

prime sono contenute nella seconda, e sono da desumersi da questa, siccome espressamente dichiara il § 3 della presente Legge (annotaz. al § 3, n.° 3).

6. L'eccezione fatta in sul finire del presente paragrafo per alcuni degli impedimenti canonici, cui il giudice secolare deve por mente nel decidere sulla validità di matrimonii sciolti per morte, è pienamente giustificabile. Quanto agli impedimenti tolti di fatto o mediante dispensa durante la vita dei conjugi, ed a quelli che possono accamparsi solamente dai conjugi o da uno di essi, l'eccezione è fondata nella loro natura, e conforme al diritto canonico; quanto agli impedimenti enumerati nel § 80 dell'Istruzione, l'eccezione si fonda sulla ragione stessa da noi altrove già esposta (annotaz. al § 31, n.° 3), per cui ai medesimi non si possa in generale aver riguardo nel decidere sulle conseguenze civili di matrimonii dichiarati invalidi.

§ 56.

Se ambidue i conjugi professano una religione acattolica, decide della validità del loro matrimonio il Giudizio competente per gli affari matrimoniali dei loro correligionarii. Tuttavia se una almeno delle due parti apparteneva alla Chiesa cattolica quando fu contratto il matrimonio, oppure se ambedue i conjugi abbracciarono la religione cattolica, e la abbandonarono poi nuovamente, non possono addursi come motivi dell'invalidità, impedimenti che sono estranei alla legge della Chiesa.

1. Abbiamo già avvertito nelle annotazioni al § 45 (n.° 1) di questa Legge, qual luogo tengano le disposizioni contenute nei §§ 56 e 57 fra quelle che regolano gli eccezionali casi in cui i principii del diritto matrimoniale cattolico vengono in concorso con quelli del diritto matrimoniale acattolico. L'attuale paragrafo si occupa delle dichiarazioni d'invalidità di matrimonii, i quali, benchè sussistenti fra persone acattoliche, non sono però sottratti all'influenza del diritto matrimoniale cattolico. Questi matrimonii sono di due specie: *a)* quelli contratti in origine fra una persona cattolica, ed una acattolica (matrimonio misto), oppure fra due persone cattoliche, quando nell'un caso la parte cattolica si fece acattolica anch'essa, e nell'altro ambedue le parti si fecero acattoliche; *b)* quelli contratti in origine fra due persone acattoliche, le quali in seguito si fecero ambedue cattoliche, e poi ambedue nuovamente ritornarono all'acattolicismo. Sotto a queste due specie si possono immaginare molte sottospecie, secondochè, p. es., fra i mutamenti di religione che intervengono nella prima se ne suppongano parecchi altri precedenti, che non impediscono i primi, oppure il passaggio da una religione ad altra, in generale effettuato da ambedue i conjugi, si supponga accaduto non per l'uno e per l'altro contemporaneamente, ma per l'uno prima dell'altro; queste sottospecie però non sono di pratica importanza, e scompajono sotto i caratteri proprii delle specie. Che in generale matrimonii che sottostettero anche un solo istante alla legislazione cattolica, non possano mai più, per effetto di qualsiasi cambiamento avvenuto nella religione dei conjugi, regolarsi secondo un'altra legge, ciò dipende dall'indole del matrimonio cattolico, i cui caratteri sono sacramentali, e quindi indelebili per opera umana, e l'attuale paragrafo contiene la conferma e l'applicazione di siffatto principio della teologia cattolica.

2. I tribunali matrimoniali per gli acattolici sono di regola tribunali secolari, determinati dalle Norme di giurisdizione, fuorchè in alcune provincie dell'impero, come nell'Ungheria e nella Transilvania, dove esistono tribunali matrimoniali ecclesiastici anche per gli acattolici.

3. Prescrive questo paragrafo, che, pei matrimonii di cui esso si occupa, non si possano valutare dai tribunali matrimoniali degli acattolici, cause di invalidità od impedimenti estranei alla legge della Chiesa, cioè al diritto canonico cattolico. Il significato di questa prescrizione non è già: che la validità di tali matrimonii si debba indagare unicamente secondo il gius matrimoniale cattolico, col che si verrebbe ad imporre ai tribunali matrimoniali acattolici degli atti, cui essi avrebbero diritto di rifiutarsi; e nemmeno: che la validità loro si debba indagare bensì secondo i principii comuni tanto al diritto matrimoniale cattolico, quanto all'acattolico, ma recandosi totalmente nel punto di vista e nel campo del primo soltanto, col che si cadrebbe ancora nel suddetto inconveniente. Quel significato tiene il mezzo fra i due testè distinti. I tribunali matrimoniali acattolici debbono prendere l'occasione e il punto di

vista dal diritto matrimoniale acattolico nel giudicare della validità dei matrimonii in discorso; ma in questo giudizio essi debbono avere l'avvertenza di non tener conto di quegl'impedimenti riconosciuti soltanto da quel diritto, e non eziandio dal diritto matrimoniale cattolico, valutando invece quelli che all'uno ed all'altro diritto sono comuni. Di questa guisa al solo diritto matrimoniale acattolico spetta propriamente l'impulso; il diritto matrimoniale cattolico non fa che apporre un limite esteriore all'applicazione del primo.

§ 57.

Il vincolo matrimoniale contratto mentre una almeno delle parti apparteneva alla Chiesa cattolica, non può sciogliersi nemmeno quando in seguito ad un cambiamento della confessione religiosa ambedue i conjugi siano addetti ad una Chiesa o confessione religiosa acattolica. Non può parimente aver luogo uno scioglimento di matrimonio, se due persone che si unirono in matrimonio come cristiani acattolici, abbracciarono la religione cattolica, quand'anche in seguito siano ambedue passati di nuovo ad una confessione religiosa acattolica.

Il presente paragrafo fa natural seguito al precedente. Quei matrimonii che quest'ultimo prese a considerare in relazione al giudizio sulla validità, i medesimi contempla il primo in relazione alla sentenza di scioglimento. La classificazione dei matrimonii fatta nel paragrafo precedente è manifestamente ripetuta anche nell'attuale. Che un matrimonio, il quale sottostette una volta, quand'anche per pochissimo tempo alla legislazione matrimoniale cattolica, non debba potersi più sciogliere alla guisa dei matrimonii degli acattolici, per qualsiasi cambiamento sorvenuto nella religione dei conjugi, questa è una diretta conseguenza della indissolubilità (annotaz. al § 56, n.° 1) del matrimonio cattolico, la quale riveste un carattere sacramentale indelebile. Per altro lo scioglimento del matrimonio proibito nel presente paragrafo non è che il giudiziale; l'uguale proibizione non può estendersi a quei modi eccezionali di scioglimento che sono ammessi anche dal diritto matrimoniale cattolico, quali sono: quello del matrimonio rato non consumato per la solenne professione di uno dei conjugi (*via juris*), e quella del medesimo matrimonio, per dispensa pontificia (*via gratiæ*. Vedi pag. 76).

§ 58.

Essendosi sciolto un matrimonio per avere, prima che fosse consumato, uno dei conjugi prestati i voti solenni, rimane all'altro fino all'eventuale suo passaggio ad altre nozze, il diritto ad un decente sostentamento. I patti nuziali sono per ambe le parti estinti, in quanto non abbia luogo una convenzione in proposito.

1. Già più volte nel corso del presente Commentario (annotaz. al § 57, al § 41, n.° 2, al § 22, n.° 1) si fece menzione di quell'eccezionale scioglimento del matrimonio dei cattolici, rato e non consumato, che può aver luogo mediante la solenne professione di uno dei conjugi, e di quello che mediante pontificia dispensa (Istruzione, § 21). Ora l'attuale paragrafo si occupa del primo di questi modi, stabilendo le norme pel conseguente regolamento dei rapporti giuridico-civili dei conjugi. Abbiamo già altrove osservato (annotaz. al § 22, n.° 2), e qui ripetiamo, che le istesse norme si devono ritenere applicabili anche al secondo modo, benchè da questa Legge non espressamente contemplato.

2. I rapporti giuridico-civili occasionati da matrimonio non ancora consumato e sciolto prima della consumazione, non possono risguardare che i conjugi. Il regolamento dei medesimi è fatto consistere dal presente paragrafo nelle due seguenti massime: *a*) estinzione dei patti nuziali, se in contrario non si convenga; *b*) obbligo del conjuge che fece la professione, di prestare all'altro un decente sostentamento, finchè il medesimo non passi ad altre nozze. Non fa parola la Legge di alcun diritto di risarcimento, nè infatti si potrebbe obbligare il conjuge che fece la professione a prestare pieno soddisfacimento all'altro conjuge, in virtù del § 1266 del Codice civile, sia perchè

lo scioglimento di matrimonio a cui quest'ultimo paragrafo si riferisce è di indole affatta diversa dallo scioglimento eccezionale dei matrimonii semplicemente rati, sia perchè sarebbe impossibile dichiarare in colpa quel conjuge pel fatto della sua professione, la quale, siccome ammessa dal diritto canonico, può dirsi ch'egli aveva pieno diritto di fare. Nemmeno potrebbe il conjuge rimasto al secolo esigere in base al § 1266 del Codice civile, che gli si presti ciò che nei patti nuziali gli fu per avventura promesso pel caso di sopravvivenza; imperocchè di questa prestazione tiene appunto luogo il decente sostentamento a spese dell'altro conjuge, ordinato nel presente paragrafo, e sconosciuto affatto al Codice civile.

§ 59.

In ogni caso di matrimonio fra cattolici, come pure in casi di matrimonii tra una persona cattolica ed un'acattolica, delle quali l'una almeno fosse cattolica all'epoca del contratto matrimonio, deve quel conjuge che crede di avere legali motivi per la separazione di letto e di mensa, produrre la sua petizione al Giudizio matrimoniale cattolico.

1. Dopo avere nei §§ 42-58 trattato delle dichiarazioni d'invalidità dei matrimonii dei cattolici, passa questa Legge nei §§ 59-72 a trattare della separazione di letto e di mensa nei matrimonii medesimi. Le cause relative alla separazione di letto e di mensa (*separatio quoad thorum, seu cohabitationem, Conc. Trid.*, can. VIII, sess. 24) spettano fra i cattolici ai Tribunali matrimoniali ecclesiastici, non meno di quelle vertenti sulla validità del matrimonio, e tanto le prime quanto le seconde si devono decidere attualmente nell'impero austriaco dietro le sole norme del diritto canonico. La presente Legge pertanto non contiene propriamente intorno a siffatta separazione principii di diritto materiale, nè di diritto formale; essa, dopo avere nell'attuale paragrafo rimandato in generale tutte le decisioni intorno alla separazione al Tribunale ecclesiastico, passa nei paragrafi successivi a dar norme intorno agli effetti civili della medesima, una volta pronunciata da quel Tribunale (§§ 60-65), ed a completare le stesse prescrizioni del diritto canonico, esponendo le norme relative alla separazione per quei matrimonii di cattolici nei quali gli accaduti cambiamenti di religione, sia *nei* conjugi, sia *fra* i conjugi, impediscono la perfetta ed esclusiva applicazione del diritto matrimoniale cattolico.

2. L'adozione del diritto matrimoniale canonico intorno alla separazione di letto e di mensa, ha introdotto pei sudditi cattolici essenziali modificazioni a quanto su tale oggetto dispone il Codice civile generale (§§ 103-110). Anzi tutto non è ora più ammessa pei cattolici una duplice separazione, l'una consensuale ([1]), l'altra contenziosa, come nel Codice civile (§§ 103-107), ma la seconda soltanto è di regola possibile (Istruzione, §§ 207-210), nè la prima si accorda in altro caso fuorchè ove sia intrapresa allo scopo che ambedue i conjugi, od uno di essi, entrino in un ordine approvato dalla Santa Sede, o che il marito riceva gli ordini sacri (Istruzione, § 206). Inoltre, mentre il Codice civile non ammette separazione, sia consensuale, sia per sentenza di giudice, che non sia intesa duratura in perpetuo, secondo il diritto canonico invece la separazione non è perpetua, se non quando ne sia causa l'adulterio (Istruzione, § 207), in tutti gli altri casi essa viene pronunciata come duratura soltanto fino a che non sia cessata l'attendibilità dell'originario suo motivo. (Istruzione, §§ 208 e 209) ([2]).

3. L'attuale paragrafo dichiara competente il giudizio matrimoniale cattolico a decidere intorno alla separazione di letto e di mensa nei seguenti matrimonii: *a*) nei matrimonii fra cattolici, *in ogni caso; b*) nei matrimonii originariamente conchiusi fra un cattolico ed un acattolico. Non v'ha dubbio che fra i matrimonii indicati sub. *b*) si comprendano tanto quelli conchiusi originariamente fra due persone cattoliche, quanto quelli che divennero sussistenti fra due tali persone in seguito a quei cangia-

([1]) Alla condizione però che le parti si accordino amichevolmente sulle reciproche loro pretensioni di diritto civile (Notificazione Governativa Lombarda 30 luglio 1819, § 8)

([2]) Vi ha invece una perfetta consonanza tra i motivi di separazione annoverati nel § 109 del Codice civile, e quelli annoverati nei §§ 207-210 dell'Istruzione. E tanto i primi (Dolliner, op. cit., vol. III, § 41), quanto i secondi (Kutschker, op. cit., vol. V, pag. 693) sono esposti in via *dimostrativa*, non *tassativamente* (vedi il § 73, e le relative annotazioni).

menti sorvenuti nell'originaria religione loro, dei quali parlano, in riguardo alla decisione sulla validità, ed allo scioglimento, i §§ 56 e 57 di questa Legge. Ciò tanto più riteniamo, al riflettere che di tali matrimonii non trovasi fatto cenno nei successivi §§ 66-72, fuori dei quali non si danno regole per la separazione di letto e di mensa nei matrimonii di cattolici, su cui influiscono giuridicamente certi cambiamenti avvenuti nella religione dei conjugi.

4. Il cenno che si fa in questo paragrafo di *legali motivi* per la separazione di letto e di mensa, è in relazione coll'impossibilità di una separazione meramente *consensuale*, pei cattolici, di cui abbiamo discorso poco sopra (n.° 2). La regola poi, che la petizione per la separazione di letto e di mensa si produca al competente giudizio matrimoniale cattolico, non toglie vigore al qui non del pari ricordato prescritto del diritto canonico (vedi Istruzione, §§ 211 e 212), che prima dell'incoazione della causa di separazione, debba aver luogo un tentativo di riconciliazione per opera del parroco dei conjugi.

5. Anche pei militari cattolici la separazione di letto e di mensa, nei casi additati da questa Legge, può concedersi unicamente dai competenti tribunali matrimoniali ecclesiastici. Questi tribunali sono pei militari addetti alla *milizia stabile* quelli comuni alle persone dello stato civile, e competenti per ragione di domicilio; pei militari invece addetti alla *milizia vaga*, niuna separazione può concedersi se non dal tribunale ecclesiastico militare residente in Vienna. Si fa eccezione però a quest'ultima regola pei militari in permesso sino al richiamo, dal sergente di fanteria o di cavalleria in giù, e pei militari della riserva, che non prestano servizio attivo, come pure per le mogli di militari appartenenti alla milizia vaga, e conjugati nel secondo modo, come ree convenute, le quali persone tutte, benchè appartenenti alla *milizia vaga*, e per ciò soggette alla giurisdizione ecclesiastica militare, sono sottoposte in tutte le cause matrimoniali, e quindi anche in quelle relative alla separazione di letto e di mensa, al tribunale matrimoniale ecclesiastico civile del luogo di loro dimora (Ordinanza del Ministero del Culto, e del Comando superiore dell'Armata del 19 agosto 1858, n.° 1).

6. Non vi ha dubbio che la prescrizione contenuta in questo paragrafo sia applicabile, tanto se i matrimonii ai quali esso si riferisce siano stati contratti dopo la pubblicazione della presente Legge, quanto se prima, e continuati dopo tal epoca. Riguardo a questi ultimi però vuolsi fare eccezione pei matrimonii accennati nell'articolo VII della Patente di Promulgazione della presente Legge, i quali, finchè non sia stata pronunciata la dichiarazione di invalidità o lo scioglimento, di cui tratta il successivo articolo VIII, sono in ogni tempo, e per ogni causa, sottoposti alla giurisdizione del foro civile, e si regolano quindi secondo le disposizioni del Codice civile. Inoltre vuolsi qui ricordare il disposto dell'articolo XII di detta Patente, che ogni causa relativa alla separazione di letto e di mensa, incoata prima del giorno (1 gennajo 1857) in cui entrò in attività la nuova Legge matrimoniale civile, presso un giudizio secolare, e non ancora decisa da questo, rimane anche dopo quel giorno presso lo stesso Giudizio fino al suo compimento (veggansi le annotaz. al suddetto art., pag. 30, n.° 3).

§ 60.

A richiesta del Giudizio matrimoniale, l'Istanza personale del conjuge reo convenuto assegnerà alla moglie ed ai figli un decente mantenimento fino alla decisione della controversia.

Del resto, se uno dei conjugi convivendo coll'altro fosse in qualunque modo esposto ad urgente pericolo, il giudice ordinario, ed a norma del caso anche l'Autorità di sicurezza possono accordargli, dietro sua domanda, un separato luogo d'abitazione; ma del preso provvedimento verrà posto senza indugio in cognizione il Giudizio matrimoniale.

1. Il capoverso 1.° del presente paragrafo si trova in correlazione col § 256 dell'Istruzione, il quale sancisce che « ove l'attore (nella causa di separazione) affermi di non poter continuare il consorzio conjugale, senza esporre a grave pericolo la salute dell'anima, la vita o la sanità, ed ove, nel caso che venisse pronunciata la separazione, incumbesse al convenuto l'obbligo di procurare all'altro conjuge un decente mantenimento,

il tribunale matrimoniale deve ponderare, se esistano motivi sufficienti per un previo provvedimento, ed esistendo questi, deve richiedere il giudice secolare: che a spese del convenuto assegni previamente all'attore una separata abitazione ed un decente sostentamento. » Dal confronto dei due paragrafi chiaro emerge, come affatto accidentalmente, e non a fine di escludere, la legge civile non abbia fatto cenno della *separata abitazione* accanto al *decente mantenimento*, e del doversi l'una e l'altro prestare a spese del conjuge convenuto. Del resto vuolsi fermare, che il giudizio secolare nel sancire i provvedimenti in discorso, agisce puramente in sussidio del giudizio ecclesiastico, ed eseguendo esattamente l'incarico ricevutone, non quindi dietro speciale attitazione presso di lui introdotta, benchè al certo non senza sentire le parti in verbale comparsa. Non ispetta al giudice secolare lo investigare se sia fondata la richiesta del giudice ecclesiastico, e nemmeno se in particolare si verifichino per la medesima le condizioni stabilite dal suesposto § 256 dell'Istruzione. Il giudice ecclesiastico però nell'indagare se l'attore chiedente dal convenuto il decente mantenimento durante la causa di separazione, avrebbe veramente diritto di muovere contro il convenuto la stessa domanda, ove riuscisse vittorioso in tale causa, debbe aver di mira unicamente quanto in proposito dispongono le vigenti leggi civili austriache, le quali disposizioni verranno da noi esposte nelle note al § 65 di questa Legge.

2. Un provvedimento consimile a quello accordato dal capoverso 2.° del presente paragrafo, era già stato ordinato dalle vigenti Norme di giurisdizione civile, e in particolare dal § 14 (lett. *a*) di quella pel regno Lombardo-Veneto, del 20 novembre 1852. Vi sono queste sole differenze fra le due leggi: 1.° che la prima esige la presenza di un *urgente* pericolo, mentre la seconda richiede semplicemente un pericolo in generale, e si accontenta quindi anche di uno non urgente; 2.° che la prima dichiara competente a provvedere la sola istanza personale dei conjugi, oltre il giudizio matrimoniale, mentre la seconda ne accorda eziandio la facoltà, in caso di bisogno, all'autorità di sicurezza; 3.° che la prima fa consistere il provvedimento nel solo assegno di una separata abitazione al conjuge in pericolo, mentre la seconda accorda eziandio a questo conjuge un *decente mantenimento*. Noi crediamo però che la differenza ultima indicata sia apparente, non reale, cioè che anche le autorità chiamate dal presente paragrafo ad assegnare una separata abitazione al conjuge in pericolo possano accordare eziandio al medesimo, nelle stesse circostanze, il *decente mantenimento* di cui abbisogni; imperocchè, se una tale concessione può farsi, in virtù del capoverso 1.°, *pendente* la causa di separazione, non v'ha ragione perchè non la si debba potere, allorquando una tale causa sta per essere avviata.

3. Differiscono i due provvedimenti contemplati nei due capoversi di questo paragrafo riguardo al tempo in cui diventano applicabili. Mentre il primo torna opportuno in pendenza della causa di separazione, il secondo invece può aver luogo quando non ancora è avviata tale causa, *ma sta per esserlo*. Quest'ultima clausola, per verità non espressa dalla Legge attuale, lo era invece nel già mentovato § 14 della Norma di giurisdizione civile pel regno Lombardo-Veneto [1], ed anche nella prima ci sembra abbastanza indicata dal prescrivere che essa fa: doversi senza alcun indugio mettere in cognizione del preso provvedimento il giudizio matrimoniale. Codesta partecipazione non può essere ordinata se non allo scopo, che il giudizio matrimoniale avverta se il conjuge, cui fu accordata la separata abitazione, introduca presso di lui contro l'altro conjuge la causa di separazione, e ciò accadendo, possa continuarsi in pendenza della causa il provvedimento preso preventivamente alla medesima, e nessuna di queste cose avverandosi, ne informi il giudice secolare, il quale deve ritirare la fatta concessione, onde non sia violato il principio: che il conjugale consorzio non può sciogliersi durante la vita dei conjugi, se non nei casi e nei modi stabiliti dalla legge ecclesiastica (Istruzione, § 205).

4. La partecipazione da farsi dal giudice secolare al giudizio matrimoniale, giusta il finale disposto di questo paragrafo, può aver luogo direttamente mediante nota diretta dall'uno all'altro, nè richiedesi l'intermezzo del Luogotenente, quale si trova prescritto in altre occasioni dai §§ 44, 45, 49 di questa Legge.

5. Il § 245 dell'Istruzione sancisce: « che se una moglie, proponendo l'azione di invalidità o di separazione, domanda che venga tolta al marito l'amministrazione dei di lei beni, o che il medesimo sia obbligato a dar cauzione pei di lei beni che detiene,

[1] Colla parola: *preventivamente*.

debba rimettersi a promuovere la sua dimanda davanti al giudizio secolare. » Nessuna disposizione analoga a questa si trova nella presente Legge, nè laddove essa tratta delle cause di validità, nè qui dove espone i provvedimenti che il giudice secolare può accordare in occasione di una causa di separazione di letto e di mensa. Ma vuolsi avvertire, che la sospensione dell'amministrazione dei beni della moglie per opera del marito, quand'anche la seconda sia stata espressamente accordata al marito, e per sempre, è già ammessa dal Codice civile (§§ 1238, 1241) per tutti i casi in generale in cui la moglie ne abbia mestieri, e siavi urgenza o pericolo di danno, sicchè non vi era ragione di introdurre la medesima come provvedimento speciale, allorchè si agitino cause di separazione. Del pari non vi era alcun bisogno che la legge accordasse alla moglie, nei casi in particolare, in cui essa promosse contro il marito una causa di separazione, il diritto di farsi dare cauzione dal medesimo pei di lei beni da esso detenuti, mentre ad ogni cittadino in generale sono forniti dalla vigente legislazione civile i mezzi onde assicurare i proprii diritti pericolanti, in confronto di un debitore qualunque.

§ 61.

Il competente Giudizio matrimoniale esprimerà in ogni sentenza, colla quale pronunci la separazione, se ed in quanto ambedue i conjugi od uno di essi ne abbia colpa.

1. La decisione sulla colpa nelle cause di separazione di letto e di mensa è molto più davvicino connessa colla decisione sul punto principale della quistione, che non nelle cause vertenti sulla validità del matrimonio, e per questa ragione viene affidata in questo paragrafo al giudice ecclesiastico, mentre il § 52 la commise invece al giudice secolare. Tale decisione poi è ancor più efficace in relazione agli effetti giuridico-civili di una sentenza di separazione, di quello che in relazione agli effetti giuridico-civili d'una dichiarazione di invalidità. Come porremo in chiaro nelle note al § 63, tutto quanto il Codice civile dispone sugli effetti giuridico-civili della separazione di letto e di mensa, ottenuta mediante sentenza di giudice, è coordinato alla dichiarata colpa dei conjugi relativamente alla medesima. Il perchè anche la Legge del 1819 sulla procedura da seguirsi nelle controversie matrimoniali, prescrive (§ 12) che nella giudiziale sentenza sulla chiesta separazione si debba esprimere, ove questa venga accordata, a quale dei due conjugi, o se ad ambedue, o se all'uno ed all'altro debba attribuirsi colpa nella separazione. »

2. Si fa cenno in questo paragrafo di caso in cui ambedue i conjugi abbiano colpa nella separazione, e di caso in cui l'abbia uno solo di essi. La stessa distinzione si trova fatta nel passo testè riferito (num. preced.) della Legge del 1819 sulla procedura nelle controversie matrimoniali, il quale poi aggiunge a quei due casi anche l'altro in cui la colpa non appartenga nè all'uno nè all'altro dei conjugi, il quale caso trovasi pure accennato nel § 1264 del Codice civile. Noi non dubitiamo che anche di quest'ultimo caso debba tener conto il giudice ecclesiastico nella sua decisione sulla separazione, siccome facile a verificarsi non meno dei primi, benchè il presente paragrafo non ne parli. Può darsi poi facilmente che nessuno dei conjugi abbia colpa nella concessa separazione, bastando a quest'uopo, che la causa di separazione sia insorta in uno dei conjugi per mero caso, come se consista in una malattia contagiosa. Meno facile è a comprendersi invece come ambedue i conjugi possano aver colpa nella separazione. Noi opiniamo col Dolliner (op. cit., vol. III, pag. 89) che ciò non si possa verificare se non allorquando dal lato stesso del conjuge che domanda la separazione esista un motivo di separazione che avrebbe potuto autorizzar l'altro a domandarla. Imperocchè, siccome dimostra lo stesso autore, non si può ritenere che osti ad un conjuge l'offrire in sè medesimo una giusta causa di separazione al farne valere un'altra tale, esistente nel l'altro conjuge. Siccome però vige nel diritto canonico il principio: *paria delicta mutua compensatione tolluntur* (vedi cap. 4, 5 *de divort.*; cap. 6, 7 *de adult. et stupro* [1]), così riputiamo che onde si possa parlare di un siffatto caso di colpa di ambedue i conjugi, fra i quali viene ammessa la separazione, faccia mestieri che dal canto dell'un conjuge e dell'altro non esista l'identica causa di separazione.

[1] Principio ammesso anche nel diritto romano, come risulta dai seguenti passi: l. 39 *D. soluto matr.*; l. 3, § 2 *D. de eo per quem*; l. 35 *D. de dolo malo*; l. 57, § 3 *D. de contrah. emt. et. vend.*

§ 62.

La proferita separazione verrà partecipata dal giudice ecclesiastico all'Istanza personale dei conjugi, e produce tutti gli effetti legali che secondo le vigenti leggi derivano dalla separazione giudiziale.

1. La partecipazione della sentenza di separazione dal giudice ecclesiastico al giudice secolare è ordinata in questo paragrafo allo scopo che serva di norma al secondo nell'attribuire alla separazione in tal modo pronunciata, gli effetti giuridico-civili che le sono attribuiti dalle vigenti leggi. Questo *servire di norma* implica un modo di attenersi alla sentenza del giudice ecclesiastico ancor più stretto di quello ordinato nel § 51 per riguardo alle sentenze sulla validità del matrimonio; imperocchè nel primo caso, e non nel secondo, il giudice secolare riceve dall'ecclesiastico la decisione anche sulla colpa dei conjugi, che è il punto più decisivo nel regolare gli effetti giuridico-civili della separazione.

2. Gli effetti giuridico-civili della giudiziale separazione di letto e di mensa sono i soli, intorno a cui dispongano le vigenti leggi, mentre, come abbiamo già notato dissopra (annotaz. al § 59, n.° 2, nota 1), quelli della separazione consensuale, ammessa dal Codice civile e non dalla presente Legge, possono e devono essere unicamente regolati dal mutuo consenso dei conjugi medesimi. Le norme pertanto relative agli effetti giuridico-civili della giudiziale separazione di letto e di mensa si devono desumere dal Codice civile generale, e precisamente dai §§ 108, 117, 142, 1264. Essi verranno da noi più largamente spiegati nelle annotazioni al § 63 di questa Legge; intanto però notiamo che si possono ridurre e classificare sotto i capi seguenti. 1.° Tentativo di conciliazione dei conjugi separati, per parte dello stesso giudice ecclesiastico che pronunciò la separazione (§§ 62, 63 di questa Legge). Questo tentativo di conciliazione, ordinato nei §§ 108 e 117 del Codice civile, e confermato nel § 63 di questa Legge, verte giusta quest'ultimo paragrafo (capoverso 1.°), ed il § 1264 del Codice civile: sulla divisione dei beni comuni dei conjugi, sul collocamento dei figli, in generale sulla manutenzione o cessazione dei patti nuziali, e in particolare sul mantenimento che uno dei conjugi sia tenuto a prestare all'altro. 2.° Nel caso in cui l'anzidetto tentativo di conciliazione non abbia sortito alcun effetto, i conjugi devono essere rinviati all'introduzione di una regolare causa civile sui medesimi oggetti, intorno ai quali doveva aver luogo la conciliazione (§ 117 Codice civile generale; § 63 di questa Legge). 3.° Dovendosi avviare siffatta causa, il giudice, che fece il primo infruttuoso tentativo di conciliazione, non deve tardare ad esaurire gli incumbenti attribuitigli dal § 142 del Codice civile intorno al collocamento ed all'educazione dei figli, come pure a dare i provvedimenti impostigli dal § 63 di questa Legge intorno al decente mantenimento della moglie e dei figli.

3. Il foro personale dei conjugi, cui questo paragrafo si riferisce, è il giudizio nel cui distrettto esiste il domicilio conjugale.

§ 63.

Pronunciata la separazione, il giudice deve procurare di comporre in via di transazione le quistioni che insorgono intorno alla divisione dei beni, al collocamento dei figli o ad altre pretese. Se le parti non si possono indurre a transazione, il giudice le rimette alla via ordinaria, determinando intanto il decente mantenimento per la moglie ed i figli, oppure conservando gli effetti della già presa determinazione fino alla definizione della controversia.

1. Siccome abbiamo già avvertito nelle annotazioni al paragrafo precedente (n.° 2) il paragrafo attuale non fa che esporre in generale gli effetti giuridico-civili della giudiziale separazione di letto e di mensa, le cui norme più precise trovansi nel Codice civile, e propriamente nel 1264 di questo, per ciò che risguarda i principii coi quali devesi trattare la controversia insorta fra i conjugi su quegli effetti (§ 117 Codice civile generale). Tale controversia devesi poi in virtù del presente paragrafo, che si attiene in ciò al tenore del § 117 del Codice civile, promuovere nella *via ordinaria*, colle quali parole si accenna alla competenza del giudice personale dei conjugi,

cui venne comunicata dal Giudice ecclesiastico la proferita separazione (§ 62), ed alla qualità della procedura che si deve seguire, che è la comune per tutte le ordinarie cause civili.

2. Abbiamo detto (num. preced.) che il § 1264 del Codice civile è la precipua fonte da cui si debbono desumere i principii coi quali decidere le controversie giuridiche, insorte fra conjugi giudizialmente separati di letto e di mensa. Non tutti pertanto cotali principii si possono desumere da quel paragrafo, e per verità vuolsi avvertire col Dolliner (op. cit., vol. III, pag. 145) che il capitolo 28 del Codice civile, sui patti nuziali, non contiene disposizione alcuna intorno al provvedimento dei figli in seguito alla giudiziale separazione dei loro genitori. In questo proposito opina il Dolliner, e noi pure con lui opiniamo, che il giudice debba aver riguardo alle disposizioni che vi si riferiscono in altri luoghi del Codice civile. Non è però inutile ricordar qui il Decreto Aulico del 10 novembre 1791, il quale dispone: « che che di qual natura esser debba la decisione del giudice su tale oggetto, non può determinarsi con leggi, ma dipende essenzialmente dalle differenti relazioni di averi, di sussistenti contratti, delle persone, del desiderio espresso dall'una o dall'altra delle parti contendenti, e dall'applicazione dei principii fondamentali del diritto a tali relazioni. »

3. Le disposizioni contenute nel § 1264 del Codice civile intorno al regolamento delle controversie insorte fra conjugi giudizialmente separati, sugli effetti giuridico-civili della separazione, si possono riassumere così: 1.° se niuno dei conjugi sia colpevole, o se l'uno e l'altro è in colpa, ha diritto ciascuno di essi di domandare che sia dichiarato non più sussistere i patti nuziali; che se uno solo dei conjugi è in colpa, la domanda della continuazione o dell'annullamento dei patti nuziali spetta al conjuge innocente; 2.° avverandosi il caso ultimo distinto al n.° 1, il conjuge innocente, invece di domandare la continuazione o l'annullamento dei patti nuziali, può chiedere *secondo le circostanze* un conveniente mantenimento. L'estinzione dei patti nuziali accennata al n.° 1 si deve estendere a tutti quanti i patti nuziali, riguardino essi soltanto la vita dei conjugi, oppure suppongano l'avvenuta morte di alcuno di essi. Quanto alla prestazione del decente mantenimento accennata al n.° 2 vuolsi notare, che al principio: non potere il medesimo competere a quel conjuge che abbia avuto colpa nella separazione, fu introdotta dalla Sovrana Risoluzione 12 settembre 1840, pubblicata con Decreto della Cancelleria Aulica 18 giugno 1841 ([1]), la quale permette al giudice di obbligare di volta in volta il marito a prestare il decente mantenimento alla moglie, benchè separata con sua colpa, se però la colpa è *reciproca*, ed in via di eccezione. In generale poi vuolsi ritenere, che l'alternativa suesposta (sub. 2.°) fra il chiedere la conservazione o l'annullamento dei patti nuziali, e il domandare il decente mantenimento, non ispetti al conjuge separato, che non ha colpa, se non allorquando nei patti nuziali nulla si contenga intorno al mantenimento in caso di separazione, mentre, il contrario accadendo, il conjuge deve accontentarsi di quanto in base a quei patti può esigere, foss'anche inferiore al decente mantenimento; imperocchè la legge dispone da sè colà soltanto dove patto privato non esiste, nè porge mai appiglio ad arbitrario recesso dalle convenzioni. Non dichiara poi il § 1264 in discorso a quali condizioni propriamente possa il conjuge, giudizialmente separato senza sua colpa, pretendere dall'altro conjuge che trovasi in colpa il decente mantenimento, ma soltanto dice in generale che questo non si possa ripetere se non *secondo le circostanze*. Quali siano queste circostanze vuolsi desumere da altri luoghi del Codice civile. Risulta veramente dai §§ 89, e 796 di questo Codice, che al marito separato *senza sua colpa* spetta il mantenimento conveniente di cui mancasse; e dal § 91, confrontato col § 1264, risulta che la moglie separata *senza sua colpa* ha del pari diritto al decente mantenimento (vedi Ellinger, *Manuale del diritto civile austriaco*, al § 1264). Che se, dopo avvenuta la giudiziale separazione, non potesse alcuno dei conjugi pretendere nè per effetto dei patti nuziali conservati, nè per effetto del § 1264 del Codice civile il *decente mantenimento*, egli avrebbe tuttavia diritto al mantenimento *necessario*, come essenziale effetto del vincolo conjugale, e in virtù del § 44 del Codice civile (vedi Dolliner, op. cit., vol. III, pag. 149, 158).

4. Il decente mantenimento per la moglie e pei figli, ordinato da questo paragrafo in via provvisionale, vuolsi accordare avuto riguardo al solo bisogno, e non eziandio alla colpa dei conjugi, riconosciuta nella sentenza di separazione, perchè appunto intorno agli effetti giuridici di essa colpa può anche versare la controversia. Ciò tanto

([1]) Recata da Notificazione del Governo di Lombardia 2 agosto 1841.

più dicasi, dacchè simile provvedimento può anche essere, come dichiara il paragrafo, la continuazione di quello già preso in precedenza alla causa medesima di separazione, giusta il § 60; nella quale occasione ogni riguardo alla colpa dei conjugi era impossibile, perchè non era ancora uscita decisione alcuna sulla medesima.

§ 64.

È in facoltà delle parti di eleggere il Giudizio matrimoniale ad arbitro per la decisione delle pretese di risarcimento e di tutte le controversie relative ai beni, causate dalla dichiarazione d'invalidità di un matrimonio, o dalla separazione di letto e di mensa.

Sopra una tale convenzione deve erigersi sempre un documento, ed ove ciò sia seguito una parte non può più recedere senza consentimento dell'altra. Ai minorenni è necessaria per la convenzione il consenso del loro padre o del tutore e del giudice pupillare. Contro la sentenza arbitramentale non si ammette ricorso; si può per altro promuovere dinanzi al giudice ordinario una querela di nullità.

1. Il permesso dato ai conjugi di compromettere nel giudizio matrimoniale per la decisione di tutte le pretese di diritto civile insorte fra i conjugi in seguito a pronunciata dichiarazione d' invalidità o sentenza di separazione, trovasi pure confermato nei §§ 200 e 244 dell'Istruzione. Egli è però un permesso originariamente conceduto dalla sola legge civile, siccome relativo a controversie di mero civile diritto, laonde le norme colle quali siffatto arbitramento deve condursi, sono stabilite dalla medesima legge, e il giudizio ecclesiastico vi si debbe attenere, siccome è anche espressamente riconosciuto nei succitati paragrafi dell'Istruzione. L'oggetto dell'arbitramento in discorso è differente, secondo che trattisi di avvenuta dichiarazione d'invalidità, o di avvenuta sentenza di separazione. Quelle pretese di risarcimento di cui si parla in questo paragrafo possono aver luogo soltanto nel primo caso, e non anche nel secondo; in quest'ultimo possono insorgere sole pretese relative ai beni, sicchè in generale formino oggetto dell'arbitramento tutte le controversie alle quali si riferisce il § 63, il quale ordina per esse prima un tentativo di conciliazione, poscia l'avviamento di un'ordinaria controversia. Quanto all'epoca poi nella quale può farsi il compromesso in discorso, il presente paragrafo non appone limiti di sorta, laonde è chiaro che far lo si può tanto prima che il giudizio ecclesiastico abbia fatto la partecipazione della sentenza, prescritta dai §§ 49 e 62, quanto dopo la medesima, e, trattandosi in particolare di compromesso in caso di avvenuta separazione, anche durante il tentativo di conciliazione presso il giudice ecclesiastico, prescritto dal § 63.

2. Quanto si dice nel capoverso 2.° del presente paragrafo intorno alla riduzione del compromesso a scrittura, ed alla giuridica efficacia del medesimo per le parti compromettenti, è conforme al contenuto del § 349 del vigente Regolamento del processo civile pel regno Lombardo-Veneto. La prescrizione speciale ivi statuita pel caso in cui il compromesso sia fatto nell'interesse di minorenni è analoga al disposto del § 106 del Codice civile, ripetuto in termini differenti anche nel § 5 della Legge del 1819 sulla procedura nelle controversie matrimoniali. Il consenso poi del tutore (o curatore), e del giudice pupillare (o della cura) al compromesso del minorenne (o del curatelato) è voluto dalla Legge in conformità al principio generale sancito dal § 865 del Codice civile intorno alle condizioni alle quali i minorenni (o curatelati) possono validamente obbligarsi, e dal § 233 dello stesso Codice dove si prescrive che l'autorità del giudice completi quella del tutore (o del curatore, § 282) in quegli affari che non sono dell'ordinaria amministrazione, non potendosi al certo comprendere nel concetto di quest'ultima una rinuncia al metodo ordinario del processo civile.

3. Siccome abbiamo già accennato nel numero precedente, noi siamo d'avviso che ciò che il presente paragrafo dispone pel caso in cui il compromesso avvenga nell'interesse di un minorenne, debbasi estendere anche a quello in cui lo si faccia nell'interesse di un curatelato. A ciò ne conduce l'esempio del passo citato (num. preced.) della Legge processuale del 1819, e più ancora la parità ovunque stabilita nel Codice civile (vedi, per es., i già citati §§ 233, 282, 865) fra minorenni e curatelati circa le condizioni ed i modi dell'obbligarsi.

4. La regola stabilita nel 4.° alinea di questo paragrafo, non potersi l'arbitramentale sentenza impugnare per via di ricorso, trovasi anche nel § 555 del vigente Regolamento del processo civile pel regno Lombardo-Veneto. Se non che quest'ultimo paragrafo ammette pure, che, ove le parti non abbiano espressamente rinunciato alla facoltà di riclamare contro la sentenza arbitramentale, possa ciascuna di esse introdurre la causa avanti il giudice ordinario, e condurla a termine senza alcun riguardo a quella sentenza. Codesta introduzione di causa *ex novo* non è del pari permessa dal presente paragrafo in relazione all'arbitramento di cui esso si occupa, ma al contrario implicitamente esclusa, permettendo il medesimo soltanto la promozione innanzi al giudice ordinario della querela di nullità, la quale poi dal Regolamento del processo civile (§ 552) viene accordata pel solo caso in cui le parti compromettenti abbiano rinunciato ad ogni reclamo contro la sentenza arbitramentale. La ragione di siffatta deviazione dai principii della procedura generale viene posta dallo Schulte (op. cit., ediz. ital., pag. 240) nell'intento che ebbe la legge di rendere veramente vantaggioso il compromesso surrogato alla procedura ordinaria. E noi crediamo che un'altra ragione consista nelle migliori guarentigie per una buona applicazione del diritto offerte da un tribunale, che non da una privata persona qualunque eletta all'ufficio di arbitro.

5. In che cosa consista la querela di nullità accennata sul finire del paragrafo, questo non dichiara, come trattandosi di un ente giuridico già da altra legge definito. Lo Schulte opina (op. cit., ediz. ital., pag. 244) che il concetto di tale querela non sia differente da quello del rimedio di diritto di tal nome, ammesso nella procedura civile generale. Secondo questa opinione, sarebbero qui ad applicarsi pel regno Lombardo-Veneto i §§ 532-538 del vigente Regolamento del processo civile. Ma una tale opinione si manifesta infondata al riflettere, che il rimedio della querela di nullità si esperisce contro sentenze pronunciate da giudici ordinarii, dietro regolare processo, mentre per regola generale non possono estendersi agli arbitramenti le disposizioni concernenti l'ordinario processo civile. Nel Regolamento del processo civile pel regno Lombardo-Veneto e nel Galliziano è contemplata una querela di nullità speciale per le sentenze arbitramentali, e la quale non è contemplata del pari negli altri Regolamenti in vigore nelle altre provincie dell'Impero. Di tal natura appunto è secondo noi la querela di nullità accennata nel presente paragrafo, il quale poi rende la medesima ammissibile presso tutti i giudizii dell'Impero, anche fuori del regno Lombardo-Veneto. Oggetto di essa, egli è anzi tutto, secondo il § 554 degli anzidetti Regolamenti, l'avere l'arbitro ecceduti nel giudicare i limiti fissatigli nel compromesso. Siccome però quel § 554 pel suo espresso contenuto è in connessione col precedente § 552, e in quest'ultimo si ammette l'impugnabilità della sentenza arbitramentale, oltrechè per eccesso dei poteri attribuiti all'arbitro, eziandio per causa di *manifesto dolo*, così a noi pare di poter ritenere che la querela di nullità contemplata dal primo possa appoggiarsi eziandio al dolo manifesto dell'arbitro, il quale motivo non fu nel medesimo accennato forse per mero accidente, o fors'anche perchè in un certo senso può anche dirsi che una decisione dolosa oltrepassi sempre i confini della podestà affidata all'arbitro che la emise. Che se per *dolo* non fosse possibile querelare di nullità una sentenza arbitramentale, il § 552 del Regolamento del processo civile Lombardo-Veneto, avrebbe riconosciuto un diritto, cui mancherebbero i mezzi di farlo valere. Questa nostra opinione fu già adottata dallo Scheidlein (*Analisi del proc. civ. austr.* Milano 1833, pag. 226) [1]. Pertanto noi siamo d'avviso che la querela di nullità accordata dall'attuale paragrafo contro la sentenza arbitramentale da esso contemplata, sia quella stessa che trovasi contemplata dal § 554 del Regolamento del processo civile Lombardo-Veneto, e del Galliziano, e possa fondarsi o sull'avere l'arbitro ecceduti i poteri attribuitigli, o sull'avere il medesimo agito con manifesto dolo [2].

6. Non è detto in questo paragrafo a quali norme debba attenersi l'arbitro di cui vi si parla, ma anche in questo punto noi riteniamo applicabili le regole generali del processo civile sugli arbitramenti, quali sono contenute in particolare pel regno Lombardo-Veneto nel § 551 del vigente Regolamento del processo civile. Esse rac-

[1] Queste ragioni noi opponiamo all'asserto dell'egregio traduttore italiano della più volte da noi citata opera dello Schulte (pag. 247, in nota), che la querela di nullità non possa promuoversi per manifesto dolo, per la ragione che di questo non si parla nel § 554 del Regolamento del processo civile.

[2] Questo secondo motivo non si verificherà al certo mai nella pratica, trattandosi di arbitramento pronunciato da un tribunale ecclesiastico.

colgonsi in questa: che, ove le parti non abbiano determinato nulla sul modo di procedere, debba l'arbitro attenersi al modo ordinario di procedura civile prescritto nello stesso Regolamento.

7. Devonsi pure ritenere fra noi applicabili anche all'arbitramento contemplato in questo paragrafo le norme stabilite dai §§ 353 e 355 del Regolamento del processo civile lombardo-veneto, sul termine entro il quale deve promuoversi la querela di nullità presso il giudice ordinario, e sul giudizio competente a dare esecuzione alla sentenza arbitramentale.

§ 65.

Se i conjugi separati si uniscono nuovamente, il giudice ecclesiastico ne renderà informata la loro Istanza personale.

1. La notifica della riunione di conjugi giudizialmente separati, al giudice ordinario, cioè al giudice medesimo che pronunciò la sentenza di separazione ([1]), trovasi prescritta anche nel § 110 del Codice civile. La medesima deve ora pei cattolici farsi al giudizio ecclesiastico, che pronunciò la sentenza di separazione; e ciò implicitamente prescrive l'attuale paragrafo. Ad una tale notifica però deve secondo questo paragrafo tener dietro un'altra per parte dello stesso giudice ecclesiastico all'Istanza personale dei conjugi. Soggiunge poi il citato § 110 del Codice civile, che, ove dopo la riunione debitamente notificata vogliano i conjugi separarsi di nuovo, deve osservarsi per questa nuova separazione tutto ciò che si dovette osservare per la prima; e non v'ha dubbio che lo stesso principio valga eziandio per le separazioni pronunciate dai giudizii ecclesiastici in forza di questa Legge.

2. La notifica della riunione dei conjugi separati al giudice civile personale, oltre che al giudice ecclesiastico matrimoniale, è di importanza per gli effetti civili della separazione, ed in ispecie pel conseguimento di una prova *giudiziale* sul punto: che sia da considerarsi come *legittimo* il figlio che la madre abbia dato per avventura alla luce dopo questa riunione ed entro il termine stabilito dal § 138 del Codice civile, specialmente allorchè il marito sia morto poco dopo la riunione (Ellinger, op. cit., al § 110). Un più importante effetto, non più ammissibile nel sistema del Codice civile generale, attribuiva alla riunione di conjugi separati il Decreto Aulico 19 settembre 1796, disponendo che per tale atto tutti i contratti e le convenzioni stipulate all'epoca della separazione perdano il loro vigore, e lo riprendano invece le primitive relazioni giuridiche fra i conjugi, anteriori alla separazione. Diciamo che simile Decreto Aulico non ha più alcun vigore dopo la pubblicazione del Codice civile, per la ragione accennata da Dolliner (op. cit., vol. III, § 81, n.° 2), che riferendosi il medesimo ad un oggetto contemplato da esso Codice non può sussistere accanto a questo, come legge posteriore, in virtù delle abolizioni pronunciate nella Patente di Promulgazione del medesimo. Inoltre il contenuto di quel Decreto non può dirsi nemmeno fondato nei veri principii del diritto, perchè, e non è ragionevole che si interpreti la riunione dei conjugi come una *tacita* loro dichiarazione di voler richiamare in vita i patti nuziali già estinti, mentre su questo punto essi ebbero tutta l'opportunità di fare una dichiarazione *espressa;* e non può nemmeno credersi che tale ripristinamento dei patti nuziali sia una logica conseguenza della rimozione della causa per cui furono sospesi, posciachè non propriamente la separazione fu causa di questa sospensione, ma bensì la libera determinazione dei conjugi (Cod. civ., § 1264) in seguito alla separazione.

§ 66.

Se di due persone che si congiunsero in matrimonio mentre erano cristiane acattoliche l'una passa alla religione cattolica, ciascuna delle parti che voglia separarsi dall'altra deve presentare la sua petizione al Giudizio matrimoniale cui è soggetta per la sua confessione religiosa. Il conjuge acattolico può anche domandare al proprio Giudizio matrimoniale, secondo le prescrizioni della legge sul matrimonio alla quale è sottoposto, lo scio-

([1]) Vedi il § 82 della Norma di giurisdizione civile pel regno Lombardo-Veneto del 20 novembre 1852.

glimento del vincolo conjugale. I reclami per convivenza denegata o sciolta arbitrariamente spettano al giudice matrimoniale del reo convenuto.

1. Siccome abbiamo già avvertito nelle annotazioni al § 59 (n.° 3) i §§ 66-72 stabiliscono le regole relative alla separazione di letto e di mensa, ed ai conseguenti effetti giuridico-civili per quelle specie di matrimonii, in cui avvenuti cambiamenti nella religione originaria dei conjugi, possono occasionare contrasti fra i principii del diritto matrimoniale cattolico intorno alla separazione, e quelli di altra legislazione matrimoniale, dei quali cambiamenti si sono già occupati i §§ 44, 48, 56-57 in relazione alle dichiarazioni d'invalidità. Propriamente però una sola fra le specie di matrimonii, su cui cade il discorso nei paragrafi ultimi ricordati, viene contemplata nei §§ 66-72: quella cioè dei matrimonii contratti originariamente fra due persone acattoliche, delle quali in seguito una passò alla religione cattolica (§§ 44, 66). Siccome risulta già manifestamente dal contenuto del § 59, i matrimonii di cui tratta il § 56 non vengono dal pari sottoposti da questa Legge a peculiari disposizioni relative alla separazione; ed accade lo stesso di quelli di cui si dice nel § 48. La ragione di siffatta ommissione si è, per riguardo ai matrimonii contemplati dal § 56, che non vi sono sostanziali diversità fra le cause di separazione ammesse dal diritto matrimoniale cattolico pei matrimonii conchiusi fra sole persone cattoliche, o pei misti, e quelle che il Codice civile (§ 109) ammette pei matrimonii fra due persone acattoliche; e pei casi contemplati dal § 48, che norme speciali pei medesimi relative alla separazione, dovrebbero, a similitudine di quelle che riguardano la dichiarazione d'invalidità, concernere i rapporti di diritto civile dei figli, mentre la pronunciata separazione di letto e di mensa non ha mai di sua natura influenza alcuna su tali rapporti. — Non soltanto però della separazione di letto e di mensa occupansi i §§ 66-72, ma eziandio dello scioglimento del matrimonio, ottenuto dal conjuge rimasto acattolico per le cause ammesse in generale dal Codice civile (§ 115) per lo scioglimento del matrimonio fra acattolici. Le une disposizioni e le altre si trovano confuse fra di loro nella Legge, ma vogliono essere accuratamente sceverate nella interpretazione.

2. Tutte le disposizioni dei §§ 66-72 sono fondate sui due seguenti principii stabiliti nel § 66: *a*) potere ciascuno di due conjugi, che ambedue professavano in origine la religione acattolica, e dei quali uno professa attualmente il cattolicismo, chiedere la separazione di letto e di mensa dal Giudizio matrimoniale cui è sottoposto per la sua professione religiosa; *b*) potere eziandio quello fra tali conjugi che professa la religione acattolica domandare al proprio Giudizio, e pei motivi ammessi dalla legge matrimoniale cui è soggetto, lo scioglimento del matrimonio. Questi principii sono suggeriti dal riguardo di rigorosa giustizia: non potersi pel solo fatto di un conjuge, qual è la conversione, privare anche l'altro di quelle facoltà che si accompagnavano in origine al contratto di matrimonio da lui conchiuso col primo, ed alla legge del quale soltanto egli avea fin d'allora diritto di andar sempre soggetto in avvenire. Benchè, siccome abbiamo già avvertito nel numero precedente, non vi abbiano essenziali differenze fra le cause di separazione ammesse dal Codice civile per gli acattolici, e quelle ammesse dal gius matrimoniale cattolico, alcune però vi sono, e ciò basta perchè niun conjuge il quale abbia diritto di valersi delle une piuttosto che delle altre, non lo debba perdere in confronto dell' altro conjuge senza alcun proprio fatto. Per ciò poi che risguarda lo scioglimento, il quale è impossibile per qualsiasi conjuge cattolico, mentre può invece aver luogo fra gli acattolici, sarebbe stata una ingiustizia ancor più flagrante il privarne un conjuge acattolico, il quale vi ha diritto secondo la legge matrimoniale sotto la quale conchiuse il matrimonio, che non l'interdirgli l' uso delle peculiari disposizioni di essa legge intorno alla separazione di letto e di mensa. Siffatti principii hanno il loro riscontro in quanto stabilisce il § 44 intorno al diritto di chiedere la dichiarazione d'invalidità. I medesimi non sono ricevuti nel Codice civile se non per ciò che risguarda lo scioglimento nei matrimonii in discorso. Il § 116 di esso Codice sancisce espressamente: non essere tolto al conjuge acattolico domandare pei motivi additati dal § 115 lo scioglimento del matrimonio, quand'anche l'altro conjuge fosse passato alla religione cattolica.

3. I motivi di separazione che il presente paragrafo permette al conjuge cattolico di far valere sono quelli ammessi dal diritto canonico; quelli invece di cui può far uso il conjuge acattolico sono additati dal § 119 del Codice civile. I motivi dello scioglimento sono contenuti nel § 115 dello stesso Codice. Il Giudizio matrimoniale poi che

deve essere adito dal conjuge cattolico, onde ottenere la separazione, è il tribunale matrimoniale ecclesiastico; e quello che dal conjuge acattolico, per ottenere la separazione o lo scioglimento, è il tribunale dichiarato competente per queste cause dalla Norma di giurisdizione civile, laddove anche per gli acattolici non sono costituiti tribunali matrimoniali ecclesiastici, come nell'Ungheria e nella Transilvania.

4. La norma stabilita nell'ultimo allinea del presente paragrafo ha la sua ragione in ciò, che le cause aventi per oggetto la manutenzione del conjugale consorzio appartengono a quelle risguardanti gli effetti civili del matrimonio, sicchè anche per un conjuge cattolico possono recarsi davanti ad un tribunale matrimoniale civile, senza offesa del diritto canonico.

§ 67.

La sentenza del Giudizio matrimoniale di uno dei conjugi passata in giudicato, colla quale siasi proferita la separazione o lo scioglimento, vale per ambedue le parti. Tuttavia lo scioglimento del vincolo matrimoniale dichiarato dal Giudizio matrimoniale del conjuge acattolico, produce per la parte cattolica riguardo al consorzio conjugale soltanto l'effetto della separazione di letto e di mensa per tutta la vita.

1. La validità per ambedue i conjugi della sentenza di separazione, ottenuta da uno qualunque di essi in conformità al § 66, è una diretta conseguenza del riconosciuto diritto di domandarla. Lo stesso dicasi della validità della sentenza di scioglimento, ottenuta in particolare dal conjuge acattolico. Un tal principio ha il suo riscontro in quanto viene stabilito nel § 44 intorno agli effetti delle sentenze sulla validità del matrimonio ivi contemplate. Se non che nel presente paragrafo non dicesi, come nel § 44, che la validità della sentenza rispetto al conjuge cattolico riguardi di regola i soli effetti civili del matrimonio. Di ciò la ragione si è che l'efficacia matrimoniale di una sentenza di separazione non può in altro risolversi che nel fatto stesso della separazione, il quale esiste inevitabilmente per ambedue i conjugi, subito che esista per uno di essi; e quanto alla sentenza di scioglimento, la limitazione dell'efficacia della medesima, rispetto al conjuge cattolico, ai soli effetti civili, è implicitamente confermata dal dichiarare che fa la legge: sortire tale sentenza dal conjuge cattolico il solo effetto della separazione di letto e di mensa. Vuolsi notare però che, mentre in questo paragrafo si pone il generale principio, che la sentenza di separazione di letto e di mensa, da qualunque conjuge ottenuta, produce anche per l'altro conjuge una separazione di fatto o, a meglio dire, il fatto della separazione, nei paragrafi successivi (§§ 68, 71) si introducono limitazioni al medesimo per riguardo all'efficacia di tale sentenza, ottenuta dal conjuge cattolico, rispetto al conjuge acattolico. Ed eziandio lo stesso principio che la sentenza di separazione, da qualunque conjuge ottenuta, o quella di scioglimento ottenuta dal conjuge acattolico, estende ad ambedue i conjugi gli ulteriori suoi effetti civili, può subire nuove condizioni nei casi di applicazione del successivo § 69 per ciò che riguarda il vero anello di congiunzione fra quelle sentenze e questi effetti, il punto cioè della colpa di cadauno dei conjugi; intorno al quale quel paragrafo permette che pronunci una nuova decisione un giudice diverso da quello che pronunciò la separazione o lo scioglimento.

2. Che lo scioglimento del matrimonio pronunciato dal Giudizio matrimoniale del conjuge acattolico non possa produrre pel conjuge cattolico che il solo effetto di una separazione per tutta la vita, ciò consegue dall'essere assolutamente impossibile pei cattolici uno scioglimento di matrimonio per sentenza di giudice. Per questa stessa ragione, nè in questo nè in alcuno de'successivi paragrafi si ordina la comunicazione della sentenza di scioglimento pronunciata dal tribunale matrimoniale acattolico, al tribunale matrimoniale cattolico, a similitudine della comunicazione ordinata dal § 44 per le sentenze sulla validità del matrimonio; la medesima sarebbe stata non meno inutile a motivo di quella insussistenza in diritto canonico, di quello che inutile si presenta una comunicazione siffatta, riguardo alle sentenze di separazione, a motivo della inseparabilità che va in esse della quistione di diritto da quella di fatto, da noi accennata nel numero precedente. — Vuolsi ricordare che il principio dell'invalidità della sentenza di scioglimento ottenuta da un conjuge acattolico, in confronto del conjuge cattolico, tanto

saldamente fondato nei principii del diritto canonico cattolico, non fu sempre rispettato nella legislazione austriaca. Già un Decreto Aulico del 26 maggio 1788 dichiarò che a conjugi, i quali, allorchè contrassero matrimonio, erano ambedue acattolici, e furono in seguito, dopo il passaggio di uno di essi al cattolicismo, sciolti dal vincolo conjugale, niente osti perchè ambedue passino a nuovo matrimonio. Questa disposizione fu poi se non abrogata, posta però fuori di vigore da Sovrana Risoluzione del 17 luglio di quello stesso anno. Ma il Codice civile generale, siccome osserva con ragione il Dolliner (op. cit., vol. IV, pag. 197) nella generale facoltà data dal § 119 ai conjugi sciolti dal vincolo matrimoniale, di contrarre nuovo matrimonio, sembra statuire di bel nuovo, d'accordo col citato Decreto Aulico 26 maggio 1788, che dopo lo scioglimento di un matrimonio misto, allorchè il medesimo possa aver luogo, non solamente la parte acattolica, ma anche la cattolica si ammetta a contrarre nuovo matrimonio tanto con una persona acattolica, quanto con una cattolica. Il ritorno a più retti principii giuridici, quali sono attualmente confermati nella nuova Legge matrimoniale, fu segnalato dalla pubblicazione della Sovrana Risoluzione 28 luglio 1814 sulle seconde nozze di persone acattoliche sciolte con giudiziale sentenza dal vincolo conjugale, e dal Decreto Aulico 4 agosto dello stesso anno che tenne dietro alla prima. Questo decreto inferì dallo spirito di quella disposizione: «che una persona appartenente ad una chiesa acattolica allorquando contrasse matrimonio, indi passata alla chiesa cattolica, e sciolta in seguito dall'altro conjuge acattolico, non possa durante la vita di quest'ultimo contrar nuovo valido matrimonio».

5. Nè il presente paragrafo, nè quello che lo precede, e nessun altro di questa Legge contempla il caso in cui una procedura di separazione, avviata da conjuge cattolico presso il tribunale matrimoniale cattolico, in virtù del § 66, coesista con altra avviata dal conjuge acattolico in virtù dello stesso paragrafo presso il proprio tribunale matrimoniale, oppure la prima di queste due procedure concorra con una di scioglimento. Che l'uno e l'altro di questi casi possa avverarsi, lo lascia credere con fondamento l'incondizionalità dei diritti attribuiti dal § 66 a ciascuno dei conjugi. Con quali norme giuridiche sarebbero a decidersi simili casi? La risposta non è difficile quando concorrano fra loro due procedure di separazione. Poichè, o da ambedue i tribunali la separazione è ammessa, e si ottiene lo stesso effetto di quando la separazione è accordata da un tribunale solo, bensì con maggiore soddisfazione di ambedue i conjugi: o da ambedue i tribunali è negata, e deve accadere giuridicamente lo stesso che in fatto accade quando la separazione vien negata dal tribunale matrimoniale di una parte sola, che solo fu adito; od è conceduta da un tribunale, negata dall'altro, e si dà effetto di preferenza alla sentenza che proferisce la separazione, in virtù dell'espresso ed incondizionato disposto del 1.° alinea del § 66. Ma quando una procedura di separazione, avviata presso il tribunale matrimoniale del conjuge cattolico coesista ad una di scioglimento avviata presso il tribunale matrimoniale del conjuge acattolico, il rispettivo effetto delle due sentenze non appare sempre ovvio. Niuna difficoltà presenta al certo il concorso di una sentenza che ammetta la separazione, con una che neghi lo scioglimento, o di due sentenze reciproche a queste, oppure di due sentenze l'una negativa della separazione, l'altra negativa dello scioglimento; perchè nei primi due casi la sentenza favorevole alla domanda è sempre la decisiva, a cagione ancora dell'incondizionato tenore del 1.° alinea del § 66, e nel terzo le due sentenze si accordano nel non produrre effetto alcuno. Qualche difficoltà presenta invece il caso in cui concorra una sentenza che ammette la separazione con una che ammette lo scioglimento. Quale delle due sentenze dovrà qui preferirsi? Noi opiniamo che quando la sentenza di separazione, emanata sopra domanda del conjuge cattolico non sia tale, che in base ad essa sola possa il conjuge acattolico chiedere *immediatamente* lo scioglimento del matrimonio, in virtù del § 68, debba di preferenza aver valore la sentenza di scioglimento. Imperocchè la sentenza di scioglimento produce già per sè sola, in virtù dell'attuale paragrafo, una separazione di letto e di mensa a vita pel conjuge cattolico, e il negare al conjuge acattolico di prevalersi di quella sentenza anche per gli ulteriori suoi effetti, sarebbe privarlo di un diritto legittimamente acquisito, senza una sufficiente ragione, non potendosi, per esempio, dir tale quella di riservare al conjuge acattolico un modo di riunirsi all'acattolico da cui rimane separato, più spedito e meno incommodo di quello provveduto dal § 72 pei casi in generale, in cui ebbe luogo una sentenza di scioglimento del matrimonio dal canto del conjuge acattolico.

§ 68.

Se il Giudice matrimoniale cattolico decide per la separazione di letto e di mensa a vita, la parte acattolica può all'appoggio di questa sentenza domandare al proprio Giudice matrimoniale lo scioglimento del vincolo conjugale. Ma non può passare ad altre nozze fino a che esso Giudizio non abbia pronunciato lo scioglimento.

1. Siccome abbiamo già accennato nelle annotazioni al paragrafo precedente (n.° 1), l'attuale paragrafo contiene un'eccezione al generale principio sancito da quello: valere per ambedue i conjugi la sentenza di separazione pronunciata dal giudizio matrimoniale di uno solo di essi. L'eccezione risguarda il conjuge acattolico, pel caso in cui quella sentenza sia stata ottenuta dal conjuge cattolico per tutta la vita, e fu equamente suggerita dal riguardo, che non poche confessioni acattoliche non riconoscono la separazione a vita nè a tempo indeterminato, quale può aver luogo invece fra i cattolici. La medesima ha il suo riscontro in ciò che viene stabilito dai §§ 45-46 di questa Legge, pel caso in cui una sentenza d'invalidità del matrimonio, ottenuta dallo stesso conjuge cattolico, che qui supponesi aver conseguita una sentenza di separazione di letto e di mensa, non sia stata seguita da una identica sentenza dal canto del conjuge acattolico. L'attuale paragrafo crea però nello stesso tempo una nuova causa di scioglimento del matrimonio di persona acattolica, non contemplata dal § 115 del Codice civile.

2. Il divieto di contrarre nuove nozze, contenuto nel 2.° alinea del presente paragrafo, non potendo avere per sanzione l'invalidità del matrimonio contratto in onta al medesimo, è meramente un divieto civile di matrimonio, introdotto dalla presente Legge, il quale vuol essere osservato sotto la comminatoria delle pene prestabilite dal § 55 per le violazioni dei divieti in generale.

3. Gli effetti civili della separazione di letto e di mensa pronunciata sopra istanza del conjuge cattolico, i quali in virtù del 1.° alinea del § 67 dovevano estendersi anche al conjuge acattolico, non cessano di valere per quest'ultimo, per aver egli provocato lo scioglimento del matrimonio in base all' attuale paragrafo. Imperocchè la facoltà da questo accordata in particolare al conjuge acattolico non può essere estesa oltre i limiti espressamente assegnatile.

§ 69.

Se nella sentenza del Giudizio matrimoniale cattolico venne qualificato siccome colpevole della separazione il conjuge acattolico, deciderà a di lui istanza sulla realtà della colpa il Giudice ordinario, in quanto su di essa si fondino pretese relative alla sostanza.

Ciò vale anche nel caso che dietro istanza della parte acattolica il Giudizio matrimoniale di essa abbia dichiarata colpevole della separazione o dello scioglimento del matrimonio la parte cattolica.

1. Tanto sugli effetti civili della separazione di letto e di mensa, quanto su quegli dello scioglimento del matrimonio influisce in modo decisivo il giudizio recato sulla colpa di cadaun conjuge. Ciò fu dimostrato, per riguardo alla separazione, nelle annotazioni al § 63 (n.° 3), e per riguardo allo scioglimento, risulta chiaramente dal § 1266 del Codice civile. Intorno a tali effetti noi avremo occasione di discorrere più davvicino nelle annotazioni al successivo § 70. Il provvedimento adottato nel paragrafo attuale circa la decisione intorno alla colpa, in seguito alle sentenze contemplate dal § 66, è, come già abbiamo notato (annot. al § 67, n.° 1), una modificazione al principio generale stabilito al 1.° allinea di quel paragrafo, dacchè una tale decisione è di sua natura intimamente connessa con quelle sentenze, e per questa ragione appunto vedesi nel § 61 attribuita, nei casi di separazione di conjugi sottoposti unicamente al diritto matrimoniale cattolico, allo stesso tribunale matrimoniale che pronunciò la separazione. La ragione di tale provvedimento vuolsi riporre nel pericolo che, seguendo il principio opposto, venga sospettata di parzialità inverso il conjuge non sottoposto per motivo di religione al tribunale matrimoniale che pronunciò la separazione, una de-

cisione di questo, da cui anche quel conjuge fosse per essere condannato. Egli è però un provvedimento non obbligatorio, ma il cui uso è dalla legge rimesso alla volontà delle parti. Se il tribunale matrimoniale che pronunciò la separazione, o lo scioglimento, decise eziandio sulla colpa dei conjugi, egli è libero al conjuge non sottoposto al medesimo, attenersi a tale decisione, e far regolare dal giudice secolare in base ad essa gli effetti giuridico-civili dell'una o dell'altro. Ciò può verificarsi più facilmente rispetto al conjuge cattolico, quando la separazione o lo scioglimento sia stato pronunciato da un tribunale matrimoniale competente per gli acattolici, civile, non ecclesiastico (vedi le annot. al § 66, n.° 3).

2. Le sentenze di scioglimento di cui si fa cenno nel capoverso 2.° dell'attuale paragrafo, devonsi intendere soltanto quelle emanate dietro domanda del conjuge acattolico per motivi diversi da quelli contemplati nei §§ 68 e 71. Imperocchè questi due paragrafi, accordando lo scioglimento del matrimonio per opera del giudizio matrimoniale del conjuge acattolico in base al solo fatto della separazione accordata già dal giudizio matrimoniale cattolico, esclude qualsiasi indagine intorno al contegno dei conjugi durante il matrimonio, quale è necessaria onde giudicare intorno alla colpa dei medesimi. In tali casi pertanto la sola sentenza di separazione pronunciata dal giudizio matrimoniale cattolico può contenere decisione intorno alla colpa dei conjugi, e il solo capoverso 1.° dell'attuale paragrafo può venire in applicazione.

3. Il giudice ordinario, di cui si fa cenno in questo paragrafo, determinasi al certo diversamente, secondochè i conjugi siano o no divisi di domicilio, allorquando viene chiesta la decisione sulla colpa. Nel primo caso il giudice ordinario non può essere che il giudice del conjuge stesso che domanda la decisione sulla colpa; nel secondo caso invece non può essere che il giudice del domicilio conjugale.

4. Non dichiara il presente paragrafo in quale occasione debba il giudice ordinario emettere quella decisione sulla colpa, di cui in alcuni casi esso gli dà incarico. Una domanda analoga a questa noi ci siamo proposti intorno alla decisione sulla colpa di conjugi il cui matrimonio sia stato dichiarato invalido, contemplata dal § 52, ed ivi attribuita del pari al giudice secolare. Ma non possiamo dar qui una risposta analoga a quella data in quel luogo. Siccome alla sentenza di separazione o di scioglimento deve necessariamente e sempre seguire l' ordinamento corrispondente dei rapporti giuridico-civili dei conjugi, e questo non può farsi che sulla base di una decisione emanata sulla colpa loro, così pare potersi asserire con fondamento che questa decisione debba essere chiesta al giudice secolare da una delle parti che voglia valersi della facoltà concessale nell'attuale paragrafo, subito dopo emanata l'una o l'altra di quelle sentenze.

§ 70.

Se i conjugi non addivengono a convenzione fra di loro a riguardo dei loro rapporti concernenti la sostanza, si applicano le disposizioni dei §§ 1264 o 1266 del Codice civile generale, secondo che ambedue i conjugi debbono considerarsi solamente separati di letto e di mensa, od il matrimonio è sciolto a riguardo del conjuge acattolico. In quest' ultimo caso non può nemmeno la parte cattolica, quantunque sia stata dichiarata immune da colpa, pretendere alla successione legittima (§§ 757-759 del Codice civile generale).

1. Il presente paragrafo si occupa dei principii coi quali devonsi risolvere le quistioni relative ai rapporti civili di conjugi, fra i quali sia intervenuta una delle sentenze di separazione o scioglimento, contemplate dai tre paragrafi precedenti. Quale debba anzitutto essere il giudice, presso cui tali quistioni si debbono agitare, nè questo paragrafo, nè alcun altro della presente Legge lo determina. Ma questo silenzio appunto dimostra che tale debba essere il giudice secolare ordinario; e ciò deve tanto più ritenersi, dacchè le medesime quistioni, contemplate in casi differenti dal § 63, sono da questo paragrafo rimesse a quel giudice. Non distingue del pari l'attuale paragrafo i casi in cui lo scioglimento del matrimonio sia stato pronunciato in virtù del § 66, da quelli in cui lo sia stato in virtù dei §§ 68, 71. Ma egli è per sè chiaro, che il medesimo ai primi soltanto, non anche ai secondi si riferisce. Imperocchè, mentre il § 1266 del Codice ci-

vile, giusta il quale prescrive l'attuale paragrafo che si regolino le quistioni insorgenti fra i conjugi nei casi di scioglimento da esso contemplati, suppone che lo scioglimento sia stato pronunciato per sentenza al conjuge che non ha colpa, quando non sia stato conceduto sopra domanda di entrambi i conjugi per causa di avversione invincibile, nei casi invece contemplati dai §§ 68 e 71 di questa Legge non può la sentenza di scioglimento, siccome abbiamo già avvertito nelle note al § 69 (n.º 2), racchiudere decisione alcuna sulla colpa dei conjugi; e benchè nei casi contemplati dal § 71 in particolare, i rapporti civili dei conjugi possano ciò non ostante subire l'influenza dell'avvenuto scioglimento, questa influenza però non è quella determinata dal § 1266 del Codice civile generale, ma viene espressamente determinata da quel medesimo paragrafo.

2. I §§ 1264 e 1266 del Codice civile generale, richiamati in questo paragrafo, contemplano l'uno il regolamento degli effetti civili della separazione pronunciata per sentenza di giudice, l'altro il regolamento degli effetti civili dello scioglimento del matrimonio, pronunciato o sopra domanda di ambedue i conjugi per avversione invincibile, (Codice civile, §§ 115, 133), od al solo conjuge che non è in colpa, per qualcuna delle cause enumerate nel § 115 del Codice civile, oltre quella dell'avversione invincibile. Egli è per sè manifesto che delle disposizioni del § 1266 soltanto quelle relative al secondo caso, e contenute nel 2.º alinea, si debbono intendere richiamate nel paragrafo attuale, riferendosi quest'ultimo appunto a sentenze di scioglimento pronunciate ad uno solo dei conjugi, che naturalmente deve ritenersi senza colpa.

3. Ambedue i §§ 1264, e 1266 prescrivono che prima che si introduca qualsiasi controversia fra i conjugi, debba il giudice ordinario tentare di ridurre i medesimi ad amichevole componimento. Questa disposizione è quindi applicabile eziandio ai casi di separazione o di scioglimento del matrimonio di cui parla l'attuale paragrafo, ed è anche sostanzialmente mentovata in sul principio del medesimo. Non vi ha luogo pertanto in tali casi al tentativo di conciliazione per parte del giudizio matrimoniale medesimo che pronunciò la separazione o lo scioglimento, quale è ordinato nel § 63 pei casi in esso contemplati. Ciò deve anche dirsi per la ragione che sui rapporti civili dei conjugi, contemplati dai §§ 1264 e 1266 del Codice civile, e quindi anche su di una conciliazione incamminata intorno ai medesimi, può influire la colpa dei conjugi, e la decisione pronunciata intorno a questa, la quale decisione però nei casi contemplati dall'attuale paragrafo, può, a sensi del § 69, partire non dal solo giudice ecclesiastico, ma anche dall'ordinario. Il giudice ordinario poi del quale qui parliamo è manifestamente il foro del conjuge convenuto, se la divisione di domicilio fra i conjugi ebbe già luogo quando si incammina la causa civile, e nel caso contrario il giudice del domicilio conjugale. In questo secondo caso, egli è chiaro che il giudice competente a decidere intorno agli effetti civili della separazione o dello scioglimento, è quello stesso competente a decidere intorno alla colpa dei conjugi, in conformità al § 69 (annot. a questo § n.º 3). Non vuolsi però ritenere che ove si avveri una tale coincidenza, e la decisione sulla colpa non sia ancora stata pronunciata, debba questa indispensabilmente precedere al tentativo di conciliazione per parte del giudice; che anzi attesa l'indole generale delle conciliazioni e transazioni, la seconda, avvenendo senza la prima, può avere effetto di render questa affatto inutile.

4. Il silenzio della legge intorno ad altro modo, oltre il giudiziario, di trattare le controversie alle quali il paragrafo attuale si riferisce, fa credere che alle medesime non sia applicabile l'arbitramento di cui si parla nel § 64. Ciò deve anche ritenersi, attesa la duplicità del Giudizio matrimoniale che potrebbe essere chiamato ad assumere quell'ufficio di arbitro.

5. Abbiamo già esposti nelle note al § 63 di questa Legge gli effetti civili della separazione giudiziale di letto e di mensa, contenuti nel § 1264 del Codice civile. Ora gli effetti civili dello scioglimento del matrimonio pronunciato dal giudice al conjuge che non è in colpa, e che è pur quello a cui l'attuale paragrafo si riferisce (vedi qui sopra n.º 2), sono, giusta il 2.º alinea del § 1266 di detto Codice, i seguenti: *a*) obbligo del pieno soddisfacimento nel conjuge che è in colpa verso quello che non lo è; *b*) prestazione per parte del conjuge che è in colpa all'altro conjuge di quanto gli promise nei patti nuziali per caso di sopravvivenza; *c*) divisione dei beni soggetti a comunione, come nel caso di morte; *d*) impossibilità della successione intestata dei conjugi fra di loro, e limitazione dei loro diritti reciproci di succedersi, a quelli per

avventura fondati in un patto successorio. Tutti questi effetti giuridico-civili discendono senza dubbio anche dallo scioglimento del matrimonio cui accenna l'attuale paragrafo, se non che intorno alla decisione: quale dei due conjugi sia colpevole in tale scioglimento, vi ha nel § 69 della presente Legge un provvedimento sconosciuto al Codice civile. L'attuale paragrafo conferma particolarmente nel 2.º alinea l'ultimo degli effetti civili testè enunciati, rispetto al conjuge cattolico, a motivo della sua gravità, e del non essere stati intesi applicabili anche a persone cattoliche i paragrafi del Codice civile, cui quello si riferisce.

6. Abbiamo notato qui sopra (n.º 1) che lo scioglimento del matrimonio a cui accenna l'attuale paragrafo, non è quello contemplato dal § 68, nè quello contemplato dal § 71, il quale ultimo è ivi regolato ne' civili suoi effetti con peculiari norme. E poichè ad onta dello scioglimento ottenuto dal conjuge acattolico in base al § 68, devonsi ritenere duraturi siccome già dicemmo (annot. al § 68, n.º 5) per ambedue i conjugi gli effetti giuridico-civili nascenti dalla separazione di letto e di mensa, già prima pronunciata sopra domanda del conjuge cattolico, si può conchiudere in generale, che in conseguenza di quello scioglimento non rimangano impediti ai conjugi i reciproci loro diritti di successione intestata, a termini dei §§ 757-759 del Codice civile. Applicata questa conclusione al conjuge acattolico in particolare, in confronto del conjuge cattolico, rimane essa indubbiamente ammissibile? A noi pare che si, perchè lo scioglimento in discorso, non avendo valor giuridico che pel conjuge acattolico pel quale venne pronunciato, non può sortire propriamente altro effetto, che quello di sottrarre il medesimo alle conseguenze del precedente matrimonio, soltanto per ciò che risguarda la conchiusione di un nuovo.

§ 71.

Se dietro istanza della parte cattolica il Giudizio ecclesiastico pronunciò la separazione per tempo indeterminato, e dopo scorsi più di tre anni non v'è ancora speranza che il conjuge cattolico voglia acconsentire alla riunione, la parte acattolica può domandare al proprio Giudizio matrimoniale lo scioglimento. Ma se la medesima ha dato causa alla separazione con un'azione che avrebbe autorizzata la parte cattolica innocente, in quanto questa non avesse abbracciata la religione cattolica, a presentare la petizione di scioglimento o di separazione di letto e di mensa, i rapporti relativi ai beni verranno dopo seguito lo scioglimento regolati nello stesso modo come se la parte acattolica ne avesse la colpa. Le questioni sulla sostanza verranno del resto trattate secondo il primo alinea del § 1266 del Codice civile generale, ma presentandosi tali circostanze le quali giustifichino il rifiuto di unirsi nuovamente, e non possedendo la parte cattolica beni sufficienti a fornirle un decente mantenimento, la parte acattolica le dovrà corrispondere, in ragione delle sue facoltà, un importo annuale che verrà determinato dall'equo criterio del Giudice ordinario.

1. L'attuale paragrafo contiene una nuova eccezione, oltre quella contenuta nel paragrafo precedente, al principio generale statuito nel § 67: che la sentenza di separazione proferita dal Giudizio matrimoniale di uno dei conjugi, ai quali quel paragrafo si riferisce, vale anche per l'altro conjuge (vedi annot. al § 67, n.º 1, al § 68, n.º 1). Questa eccezione ha la sua ragione in ciò, che gli acattolici non sogliono riconoscere la separazione di letto e di mensa per tempo indeterminato, più di quello che la separazione a vita. Ma vi ha una essenziale differenza tra l'efficacia dello scioglimento del matrimonio contemplato dal § 68, e quella dello scioglimento contemplato dal paragrafo attuale, sui rapporti giuridico-civili dei conjugi. Mentre il primo, siccome fu osservato nelle annotazioni a quel paragrafo (n.º 5), lascia sussistere per ambedue i conjugi gli effetti civili della separazione di letto e di mensa, anteriormente ottenuta dal conjuge cattolico, il secondo invece estende ad ambedue i conjugi gli ef-

fetti civili suoi proprii, in guisa che, non pronunciandosi il medesimo che tre anni almeno dopo uscita quella sentenza di separazione, durante questo intervallo di tempo almeno hanno luogo gli effetti civili della separazione, cui tengono dietro in seguito quelli dello scioglimento. Cotesta varietà successiva di rapporti giuridici appare manifestamente da tutto il tenore del 2.° e 3.° alinea del presente paragrafo. La ragione della medesima si è che, dopo trascorsi quei tre anni, o più, dalla sentenza di separazione di letto e di mensa ottenuta dal conjuge cattolico, lo scioglimento accordato al conjuge acattolico sembra non tanto cagionato da quella sentenza, quanto dal fatto stesso del conjuge cattolico, il quale dopo un sì lungo tempo ancor si rifiuta alla riunione. A questo fatto può equivalere però certamente anche la sola esistenza di circostanze, le quali, giusta il 3.° alinea dell'attuale paragrafo, giustifichino il rifiuto del conjuge acattolico a riunirsi, sia o no questo rifiuto accompagnato da quello del conjuge cattolico.

2. L'intervallo *di più di tre anni* dopo la sentenza di separazione, ottenuta dal conjuge cattolico, è affatto indeterminato, e, perchè la legge non resti esposta ad una bizzarra interpretazione, per cui non si esigesse al di là dei tre anni che un giorno solo, od un tempo ancor minore, bisogna ritenere che quell'intervallo si debba estendere ad almeno quattro anni. — La prova poi che anche dopo un cotal lasso di tempo il conjuge cattolico non voglia acconsentire alla riunione, si può ottenere mediante dichiarazione espressa di questo conjuge, ridotta a regolare documento, da prodursi al tribunale matrimoniale acattolico.

3. Siccome abbiamo avvertito qui sopra (n.° 1), pronunciata la sentenza di scioglimento, di cui tratta l'attuale paragrafo, essa influisce sui rapporti civili di ambedue i conjugi. Primo e più generale effetto pertanto di tale scioglimento si è la cessazione degli effetti civili prodotti per ambedue i conjugi dalla anteriore sentenza di separazione ottenuta dal conjuge cattolico, se ed in quanto questa cessazione è possibile. Non v'ha dubbio, per esempio, che, se il conjuge cattolico separato e riconosciuto senza colpa nel modo additato dal § 69, avesse fatto uso della facoltà concessagli dal 2.° alinea del § 1264 del Codice civile, per fare annullare in ispecie un patto successorio, questo patto, benchè non avrebbe l'ugual ragione di sciogliersi nella sentenza di scioglimento contemplata dall'attuale paragrafo, e nel § 1266 del Codice civile, non potrebbe però rivivere in seguito a tale sentenza. Cesserebbe invece dopo di questa l'assegno di un conveniente mantenimento, ottenuto dal conjuge cattolico in occasione della giudiziale sua separazione a sensi dello stesso 2.° alinea del § 1264 del Codice civile; e ciò tanto più, dacchè intorno al mantenimento di quel conjuge l'attuale paragrafo contiene (3.° alinea) una propria disposizione.

4. Gli ulteriori effetti dello scioglimento contemplato dal presente paragrafo sono differenti, secondochè 1.° si verifichi, oppure 2.° non si verifichi pel conjuge acattolico la condizione espressa nel 2.° alinea. Nel primo caso, non dice veramente la Legge donde si debbano prendere le norme relative ai rapporti dei conjugi, relativi ai beni, ma pare che si possa ritenere con sufficiente sicurezza, che le si debbano dal 2.° e dal 3.° alinea del § 1266 del Codice civile, dacchè la supposizione che il conjuge acattolico abbia colpa nell'ottenuto scioglimento, conduce a far considerare lo scioglimento stesso come se fosse stato ottenuto dal conjuge cattolico, che non è in colpa. In tale caso pertanto, in virtù di quei passi di legge: *a*) cessano i patti nuziali, ad eccezione del patto risguardante l'assegno di sopravvivenza al conjuge che sia superstite, decorrendo questo assegno a favore del conjuge cattolico dall'epoca in cui l'acattolico ottenne lo scioglimento del matrimonio; *b*) è dovuto dal conjuge acattolico, considerato colpevole, al conjuge cattolico esente da colpa, un pieno soddisfacimento; *c*) i beni, soggetti a comunione, si dividono come nel caso di morte, e il conjuge cattolico, come esente da colpa, conserva pel caso di morte del conjuge acattolico il diritto nascente dal patto successorio. Nel secondo caso, in virtù del 3.° alinea dell'attuale paragrafo, i rapporti dei conjugi, relativi ai beni, si regolano secondo il § 1266 del Codice civile, il che deve intendersi secondo il 1.° alinea del medesimo, cosicchè i patti nuziali cessano per ambedue le parti, quando fra i conjugi non abbia avuto luogo un componimento (Cod. civ., § 117). È poi comune ad ambedue i conjugi il disposto del 4.° alinea del § 1266 del Codice civile, siccome quello che manifestamente si riferisce a tutti i casi di pronunciato scioglimento in generale, e pel quale tanto il conjuge acattolico, il quale ottenne lo scioglimento del matrimonio, verifichisi o no per lui il supposto del 2.° alinea dell'attuale paragrafo, quanto il conjuge cattolico, non pos-

sono pretendere alla successione intestata (§§ 757-759 Codice civile generale) l'uno dell'altro.

5. La supposizione accennata nel 2.° alinea dell'attuale paragrafo è simile a quella accennata nel capoverso del § 47 (3.° alinea), ma non identica, mentre nel primo passo di legge e non nel secondo è determinato l'oggetto dell'indagine sul punto di sapere se il conjuge attualmente cattolico, rimasto nella originaria sua religione, avrebbe potuto presentare la petizione di scioglimento, o di separazione di letto e di mensa. Il paragrafo attuale dirige questa indagine sulla causa medesima per cui il conjuge cattolico ha già ottenuta la separazione di letto e di mensa. Esige poi il medesimo che il conjuge attualmente cattolico, i cui diritti si investigano nell'ipotesi che egli fosse rimasto acattolico come in origine, sia innocente; donde consegue che, se desso fosse stato dichiarato colpevole nella separazione da una delle sentenze accennate nel 1.° alinea del § 69, quella investigazione non avrebbe più luogo, e gli effetti giuridici, relativi ai beni, dello scioglimento del matrimonio di cui parla l'attuale paragrafo, si dovrebbero regolare secondo i principii generali contenuti nel 3.° alinea del medesimo.

6. Nel fare la disamina contemplata nel 2.° alinea dell'attuale paragrafo, è certamente necessario confrontare l'azione che diede luogo alla separazione ottenuta dal conjuge cattolico, col novero delle cause di separazione e di scioglimento ammesse in generale fra gli acattolici, e contenute nei §§ 109, 115 del Codice civile generale. Se alcuna di queste cause, non coincidente con quell'azione, si fosse verificata in qualche caso, sia prima, che dopo ottenuta la separazione, ad essa non si potrebbe avere alcun riguardo.

7. La corresponsione di un importo annuale, a titolo di decente mantenimento, imposta dal 3.° alinea dell'attuale paragrafo al conjuge acattolico verso il cattolico, non è del pari ammessa dal 1.° alinea del 1266 del Codice civile, cui quel passo di legge si riferisce. Essa ha però una manifesta equità, chi consideri che il conjuge acattolico, nei casi contemplati dall'attuale paragrafo, viene originariamente determinato a chiedere lo scioglimento del matrimonio dal solo fatto dell'avvenuta conversione dell'attuale conjuge cattolico. Le condizioni, alle quali quell'annuale importo deve essere corrisposto, sono a termini della legge: *a*) che il conjuge cattolico per giusti motivi si rifiuti alla riunione col conjuge acattolico; *b*) che il conjuge cattolico non abbia da sè solo sufficienti mezzi di un decente mantenimento. Alla prima di queste condizioni avvertiamo, che, le circostanze per le quali il conjuge cattolico rifiutisi con ragione alla riunione consistono specialmente nella continuazione di quelle per le quali fu in origine trovata ammissibile la separazione da lui domandata.

§ 72.

Desiderando i conjugi di riunirsi dopo che il Giudizio matrimoniale della parte acattolica ha dichiarato lo scioglimento, devono notificare la loro risoluzione al Giudizio matrimoniale della parte cattolica, ed ottenere dal Giudice matrimoniale che pronunciò lo scioglimento, che sia revocata la di lui sentenza. Tosto che ciò sia avvenuto tornano di nuovo in vigore tutti gli effetti civili del matrimonio, e solamente non rivivono i patti nuziali.

Della riunione verrà data notizia al Giudice ordinario.

1. L'attuale paragrafo stabilisce la notifica a certe autorità della riunione dei conjugi, per uno dei quali il matrimonio venne dichiarato sciolto in conformità ai paragrafi precedenti, come già il § 65 aveva prescritta la notifica della riunione dei medesimi conjugi, dopo che intercedette fra loro una separazione giudiziale di letto e di mensa. Se non che la prima notifica deve farsi al Giudizio matrimoniale del conjuge cattolico, e al giudice secolare ordinario, mentre la seconda invece a quest'ultimo soltanto deve essere fatta. Non distinguendo l'attuale paragrafo tra i varii casi in cui lo scioglimento del matrimonio può essere ottenuto dal conjuge acattolico, non v'ha dubbio che le sue disposizioni si applichino egualmente a tutti i casi contemplati nei §§ 66, 68, 71.

2. La riunione di due conjugi, l'uno dei quali abbia ottenuto lo scioglimento del matrimonio in virtù d'alcuno dei §§ 66, 68, 71, è di natura affatto diversa da quella

di due conjugi giudizialmente separati di letto e di mensa. Mentre questa ha propriamente per unico suo effetto il ristabilimento dei rapporti conjugali, quali erano dapprima, quella invece equivale pel conjuge acattolico, pel quale il matrimonio fu sciolto, ad una vera conclusione di nuovo matrimonio. Quest'ultima circostanza sarebbe di natura da impedire affatto la riunione in discorso, sicchè il legislatore dovette provvedere a toglierla di mezzo, onde ammettere una tale riunione. Imperocchè nè il conjuge cattolico potrebbe, senza violare i principii del proprio diritto matrimoniale, prestarsi ad un nuovo matrimonio, mentre sussiste ancora il primo, e colla stessa persona con cui questo sussiste; nè al conjuge acattolico converrebbe, come nota lo Schulte (op. cit., ediz. ital., pag. 160), il conchiudere quel nuovo matrimonio, che sarebbe un vero matrimonio misto, e quindi indissolubile, mentre il matrimonio precedente, che ora gli importerebbe unicamente di rimettere in vigore, è in riguardo a lui dissolubile. Per ovviare a questi inconvenienti, il legislatore si adoperò onde togliere alla riunione in discorso il naturale suo carattere di nuovo matrimonio, e ciò ottenne col provvedere nell'attuale paragrafo che alla medesima debba precedere la revoca della precorsa sentenza di scioglimento per parte dello stesso Giudizio matrimoniale acattolico che l'ebbe pronunciata. Codesta revoca ha l'effetto di far considerare quella sentenza come non avvenuta. Tale è certamente un rimedio che ripugna agli ordinarii principii di diritto, e propriamente a quelli: che una sentenza non può essere rivocata dal giudice medesimo che la emise, e che il vincolo conjugale non può mai essere nè posto, nè richiamato a vita da sentenza di giudice. Ed oltracciò, nei casi in cui la precorsa sentenza di scioglimento del matrimonio sia stata ottenuta a sensi del § 66, e non dei §§ 68, 71, rivocata la medesima, la riunione non appare più conseguitare ad una legale separazione, mentre invece nei casi dei §§ 68, 71 quella revoca ripone in vigore la previa giudiziale separazione ottenuta dal conjuge cattolico, per far cessare subito dopo anche gli effetti di questa. Tuttavia si saprebbe appena suggerire un altro espediente, meno eccezionale di quello adottato dall'attuale paragrafo, onde ottenere lo stesso risultato, cui del resto ambedue i conjugi hanno diritto di aspirare, e specialmente il conjuge cattolico, pel quale il pronunciato scioglimento del matrimonio trae seco necessariamente una perpetua interdizione dei vantaggi della vita conjugale. Vuolsi notare però che la revoca della sentenza di scioglimento, accordata dall'attuale paragrafo, è lungi dal produrre tutti gli effetti che se ne potrebbero rigorosamente dedurre, mentre il 2.° alinea statuisce espressamente ch' essa non richiami in vigore i patti nuziali. Questa limitazione è molto opportuna ed equa, ove la si consideri in relazione al conjuge acattolico, specialmente nei casi in cui questi fra la sentenza di scioglimento, e la riunione col conjuge cattolico, abbia per avventura conchiuso un altro matrimonio, ora cessato, in modo valido anche secondo il diritto canonico cattolico.

3. La revoca della sentenza di scioglimento del matrimonio, ammessa dall'attuale paragrafo, non è facoltativa che pel conjuge acattolico, cui tocca domandarla, e il Giudizio matrimoniale che pronunciò quella sentenza, deve accordarla senz'altro, sopra una tale domanda. Non essendo però la medesima permessa dalla legge, che al solo scopo di facilitare al conjuge acattolico la sua riunione col conjuge cattolico, potrà quel Giudizio molto opportunamente condizionarne la concessione al fatto di tale riunione.

4. Gli effetti civili del matrimonio, accennati nel 2.° alinea dell'attuale paragrafo, risguardano i rapporti dei conjugi fra di loro, e colla prole, i mutui diritti di successione legittima dei conjugi, la legittimità dei figli, e i diritti di successione di questi verso i loro genitori. Non v'ha dubbio in particolare che i figli procreati dopo la riunione, concorrano coi figli procreati prima della sentenza di scioglimento, nella successione legittima ad ambedue i genitori.

5. La notifica della riunione al giudice ordinario, prescritta nel 3.° alinea del presente paragrafo, deve certamente farsi, per analogia del § 65, o dal tribunale matrimoniale del conjuge acattolico, o da quello del conjuge cattolico, al quale ultimo la medesima deve pur essere stata fatta in virtù del 1.° alinea.

§ 73.

Se un conjuge il quale, fuori del caso contemplato dal § 121 del Codice civile generale, trova la sua moglie, già fecondata da un altro, cessa, appena scoperta una tal circostanza, di convivere conjugalmente con essa,

e presenta entro un mese la petizione per la separazione; nel caso che non venga pronunziata la separazione, i rapporti di diritto meramente civili nascenti dal suo matrimonio verranno, a di lui istanza da farsi al al Giudice ordinario, regolati nella stessa guisa, come se avesse avuto luogo la separazione di letto e di mensa per colpa della moglie.

L'eguale disposizione si applica anche a favore del conjuge scevro da colpa nel caso del § 12.

1. Questo paragrafo espone le conseguenze giuridico-civili di due peculiari circostanze che accompagnano la conclusione del matrimonio. L'una si è la fecondazione della moglie anteriore al matrimonio, per opera di un terzo (capoverso 1.°); l'altra (capoverso 2.°) si è lo stato di condanna di uno dei conjugi alla morte, od al carcere duro, secondo il § 12 della presente Legge. Ambedue queste circostanze producono le stesse conseguenze giuridiche.

2. Il 1.° capoverso dell'attuale paragrafo contempla lo stesso caso, intorno a cui dispone il § 58 del Codice civile, ma con affatto diverse disposizioni. Mentre il § 58 del Codice civile qualifica la fecondazione della moglie, anteriore al matrimonio, per opera di un terzo, come causa d'invalidità del matrimonio, l'attuale paragrafo invece non riguarda tal fatto che come causa di separazione di letto e di mensa, oppure, mancando questa, di regolamento dei rapporti giuridico-civili dei conjugi, *come se* la separazione avesse avuto luogo. La causa di questa differenza tra il Codice civile e la presente Legge consiste anzi tutto nel non ammettersi nel diritto canonico invalidità di matrimonio per anteriore gravidanza della moglie. Questa circostanza può tutt'al più, secondo il diritto canonico, addursi come valida causa della separazione di letto e di mensa, benchè anche questa opinione, attesa pure la già accennata (pag. 135, nota 2) dimostratività dei motivi della separazione, enumerati nei §§ 206-208 dell'Istruzione, non è certa, ma soltanto probabile (Kutschker, op. cit., vol. V, pag. 695). Egli è appunto in riguardo al possibile caso in cui tale circostanza non venga accettata in qualche caso dal tribunale ecclesiastico come valida causa di separazione, che il 1.° capoverso del paragrafo attuale prescrive un ordinamento dei rapporti giuridico-civili dei conjugi, *come se* la separazione fosse stata accordata.

3. I requisiti perchè la fecondità della moglie anteriore al matrimonio possa dar luogo agli effetti giuridici contemplati dal 1.° capoverso dell'attuale paragrafo, sono, a termini del medesimo, i seguenti: 1.° La moglie deve essere stata realmente gravida all'epoca del matrimonio, per opera di un uomo diverso dall'attuale di lei marito. Vuolsi qui notare con Dolliner (op. cit., vol. I, § 28, n.° 2) che il marito non potrebbe dedurre diritto alcuno dalla gravidanza della moglie prima del matrimonio, se egli stesso ne fosse stato causa, mediante prematuro accoppiamento. Ciò stesso dicasi se egli venisse convinto, in uno dei modi prescritti dal Regolamento giudiziario, di essersi accoppiato colla attuale sua consorte, anteriormente alla conchiusione del matrimonio, in un tempo, dal quale, computando fino al di lei sgravamento posteriore al matrimonio, siano decorsi almeno sei, od al più dieci mesi, o ciò stesso egli avesse anche soltanto stragiudizialmente confessato; del che il motivo si è la presunzione legale nascente da tali circostanze (Codice civile, § 163), che il marito e non altri sia genitore del figlio, di cui la sua consorte era gravida al tempo della conchiusione del matrimonio. 2.° Deve il marito, al tempo in cui conchiuse il matrimonio, avere ignorato la gravidanza della sposa per opera di terza persona; poichè la legge esige che il marito solo dopo la conchiusione del matrimonio *trovi* la moglie ingravidata non per fatto suo. Questo requisito si verifica tanto se il marito riconosca la gravidanza della moglie subito dopo il matrimonio, quanto se ne venga per avventura in cognizione soltanto dopo che la moglie si è sgravata. La prova del medesimo però non può incombere allo stesso marito, che voglia far valere la scoperta gravidanza, perchè ella sarebbe in sostanza la prova di un fatto negativo indeterminato, e quindi prova impossibile. Tocca piuttosto alla moglie, rea convenuta, provare che il requisito in discorso non si avvera, e che il marito positivamente seppe la di lei gravidanza prima che il matrimonio si conchiudesse. 3.° Deve il marito non avere sposato una vedova, od una donna sciolta da un anteriore marito in conseguenza di dichiarata invalidità del matrimonio, prima che dal tempo dello scioglimento o della dichiarazione sia decorso il tempo prestabilito dalla presente Legge (§ 76), o ne sia stata ottenuta la prescritta dispensa (ibid.).

L'osservanza di questa condizione è statuíta nel § 121 del Codice civile, richiamato al principio del paragrafo attuale. E la medesima appare abbastanza giustificata dal riflesso, che un marito che si attenga ad un opposto contegno nei casi a cui essa si riferisce, si espone da sè medesimo, o determinatamente, o con inescusabile leggerezza, al pericolo di rinvenire la propria moglie già gravida di altro uomo. 4.° Deve il marito, appena scoperta l'anteriore gravidanza della moglie, aver cessato il conjugale commercio colla medesima, ed aver presentata la domanda di separazione un mese dopo al più tardi. Anche secondo il Codice civile (§ 98) il diritto di far valere l'anteriore gravidanza della moglie, per le conseguenze ch'esso le attribuisce, è perduto dal marito, se egli, dopo averne avuto notizia, continuò a convivere colla moglie conjugalmente. Vuolsi qui avvertire con Dolliner (op. cit., vol. I, § 28, n.° 5) che anche la cessazione del conjugale commercio, di cui si discorre, dopo avuta notizia della gravidanza della moglie anteriore al matrimonio, non è a considerarsi come requisito la cui prova incumba al marito che allega tale gravidanza, ma piuttosto come fonte di una eccezione alla domanda del marito, cui la moglie deve opporre. Del che la ragione si è quella poco sopra da noi accennata in un caso analogo, che cioè quella prova cadrebbe di sua natura sopra un fatto negativo indeterminato, e non potrebbe quindi mai venire pienamente esaurita.

4. Il disposto di questo paragrafo, che, non essendo stata dal Giudizio ecclesiastico dichiarata la separazione, debba il Giudice ordinario regolare i rapporti giuridico-civili dei conjugi *come se* la separazione avesse avuto luogo, è affatto eccezionale, non avendosi alcun altro esempio nella vigente legislazione matrimoniale di effetti civili della separazione di letto e di mensa, scompagnati da una separazione effettiva. La legge ha avuto qui certamente di mira il probabile caso di rifiuto di un giudice ecclesiastico a sentenziare la separazione di letto e di mensa per motivo della gravidanza della moglie, anteriore al matrimonio, e non per fatto dell'attuale marito, non essendo, come dissopra si è osservato (n.° 2), questo motivo riconosciuto esplicitamente come tale nel diritto canonico cattolico. Pertanto vuolsi ritenere che all'applicazione della disposizione di cui parliamo sia sempre indispensabile che preceda, e venga allegata dal marito che la richiede, una formale decisione del competente tribunale matrimoniale ecclesiastico, che dinieghi la chiesta separazione di letto e di mensa per quel titolo.

5. Nel regolare i rapporti giuridico-civili dei conjugi, *come se* avesse avuto luogo la separazione di letto e di mensa per colpa della moglie, il Giudice ordinario debbe certamente attenersi, anche nei casi contemplati da questo paragrafo, ai generali principii di diritto civile intorno agli effetti di una tale separazione da noi già accennati nelle annotazioni ai §§ 62 (n.° 2), 65 (n.° 5), 70 (n.° 1-5). Se non che a differenza dei casi, a cui questi paragrafi si riferiscono, vuolsi, nel caso contemplato dal paragrafo attuale, esibire allo stesso Giudice ordinario, dal quale si chiede l'ordinamento dei rapporti giuridico-civili dei conjugi, anche la prova della *colpa* della moglie, cioè dell'essere stata da lei celata al marito la sua gravidanza per opera di una terza persona. Imperocchè, supponendosi nell'attuale paragrafo che il Giudizio ecclesiastico abbia rispinta la domanda di separazione, resta implicitamente escluso che il medesimo possa fornire al Giudice secolare una decisione sulla colpa dei conjugi, pregiudiziale al regolamento dei loro rapporti giuridico-civili, e questa decisione deve quindi il Giudice secolare pronunciarla egli stesso.

6. La ragione del disposto del capoverso 2.° dell'attuale paragrafo sta in ciò, che anche nel caso contemplato dal § 12 di questa Legge vi ha luogo ad un regolamento dei rapporti giuridico-civili dei conjugi *come se* fra essi avesse avuto luogo una separazione *di diritto*, dacchè si ha in quello soltanto una separazione *di fatto* fra i conjugi, prodotta dalla condanna subita da uno di essi. Egli è indubitato però che non a tutti i casi contemplati dal § 12, il capoverso 2.° dell'attuale paragrafo si riferisce, imperocchè non si possono certamente applicare i principii relativi alla separazione di letto e di mensa al caso in cui uno dei conjugi sia stato condannato a pena capitale, mentre in questo caso il matrimonio per avventura contratto nell'intervallo fra la pubblicazione e l'esecuzione della capitale sentenza, verrebbe piuttosto a sciogliersi per morte. Il passo di legge di cui discorriamo non si riferisce quindi che al caso di condanna di uno dei conjugi al carcere duro, e ciò forse volle il legislatore dare a divedere collo stesso uso della parola *caso* in numero singolare.

7. Nel caso del § 12, cui si riferisce il capoverso 2.° del paragrafo attuale, la *colpa* non può cadere che sul conjuge che subì la grave sentenza criminale, e, per analo-

gia del caso contemplato dal capoverso 1.°, deve questo conjuge aver celato all'altro una tale circostanza, allorchè, dopo essere incorso nella pena, riuscì ciò non ostante a contrarre matrimonio col medesimo.

§ 74.

Un cittadino cattolico austriaco contraendo matrimonio all'estero può osservare quelle formalità che sono prescritte od accordate dalle leggi di quello Stato, purchè le medesime soddisfino alle condizioni poste alla validità del matrimonio dalla legge canonica cattolica nello Stato dove il matrimonio si conchiude. In tutto ciò che non riguarda soltanto la forma della conclusione del matrimonio, egli rimane vincolato alle prescrizioni di questa legge. Se non abita ancora da anno intero all'estero, deve inoltre aver cura che l'imminente suo matrimonio venga pubblicato tre volte in quel luogo dell'Impero dove egli ebbe l'ultimo suo domicilio.

1. Mentre tutte le precedenti disposizioni di questa Legge sono applicabili a tutti i matrimonii di cattolici, giudicati nell'Impero austriaco, siano i conjugi sudditi austriaci, o no, l'attuale paragrafo invece risguarda esclusivamente i matrimonii di sudditi cattolici austriaci. Nel dare le norme pel matrimonio di un cittadino austriaco cattolico all'estero, l'attuale paragrafo introduce la nota distinzione fra le formalità del contratto, e gli altri punti del medesimo che non sono formali. Per riguardo alle prime però esso non statuisce, secondo i principii generali dei contratti, doversi le medesime regolare senz'altro secondo le leggi del luogo; ma dichiara applicabili queste leggi soltanto alla condizione, che siano conformi alle prescrizioni della legge canonica cattolica vigente nello Stato estero in cui il matrimonio si contrae. In questo modo non propriamente la legge del luogo dà norma alle formalità del matrimonio, ma un'altra legge, che può essere e non essere riconosciuta da quella, e dichiarata, o non dichiarata obbligatoria. Il pratico valore di questa disposizione s' intende facilmente per quei matrimonii i quali si volessero per avventura contrarre da un suddito austriaco cattolico in uno Stato estero in cui il diritto matrimoniale dei cattolici o sia stato sottratto del tutto alle leggi canoniche, oppure sia stato regolato da leggi civili affatto differenti. In casi di questa specie il cittadino austriaco cattolico dovrebbe contrarre matrimonio all'estero, attenendosi esclusivamente alla legge canonica non meno nei punti formali, che nei non formali, e ciò per sola obbedienza ad un dovere impostogli dalla legge austriaca. Soltanto nei casi in cui le leggi di uno Stato estero riconoscano le disposizioni del diritto matrimoniale canonico, un cittadino austriaco cattolico potrà, contraendo ivi matrimonio, soddisfare allo stesso tempo, anche riguardo alle formalità, al disposto dell' attuale paragrafo ed alla legge del luogo. Di queste regole affatto eccezionali, e contrarie ai principii anteriormente vigenti nel diritto austriaco ([1]), la ragione sta nella natura istessa delle leggi canoniche matrimoniali, riconosciute ora nell'Impero d'Austria, le quali leggi, siccome fu già ricordato dissopra più volte, obbligano il cattolico in coscienza in qualunque luogo si ritrovi, cosicchè la legge austriaca dovette rimuovere l'ostacolo che a siffatta applicazione avrebbero potuto opporre in qualche caso le norme generali sulle leggi che devono seguire i cittadini austriaci nel conchiudere contratti all' estero.

2. La legge matrimoniale canonica vigente in uno Stato estero, cui allude il 1.° alinea del paragrafo attuale, od è quella stabilita dal Concilio Tridentino, quale vige anche nell'Impero d'Austra, oppure è quella contenuta nelle fonti canoniche anteriori al Concilio di Trento, in quei paesi solamente nei quali questo concilio non venne pub-

([1]) La legislazione giuseppina statuiva che nella conclusione dei matrimonii all'estero si debbono seguire le leggi del paese (Determinazione 16 settembre 1785, riportate nell'Appendice al Codice giuseppino: trad. ital. Milano 1788). Nel Codice civile austriaco è stabilita (§ 4) la massima generale, applicabile certamente anche al matrimonio, che soltanto le leggi che limitano la capacità personale del cittadino obbligano il medesimo fuori dello Stato in atti ed affari da lui conchiusi all'estero, i quali abbiano a produrre conseguenze legali anche nelle provincie dell'Impero. Un Dispaccio del Ministero del Culto e dell'Istruzione del 22 luglio 1852, diretto alla Luogotenenza della Boemia, dichiarò che i cittadini austriaci, nel *modo* della conchiusione di matrimonii in estero Stato, non sono vincolati all'osservanza della legge matrimoniale austriaca, ma devono osservare le leggi del luogo in cui il matrimonio si conchiude.

blicato (*Concil. Trid.*, sess. XXIV *de reform. matrim.*, cap. 1). In nessun caso tal legge può essere particolare esclusivamente ad un dato paese, essendo ciò incompatibile col carattere sacro del matrimonio cattolico, il quale conferisce la qualità di universali e di assolute alle leggi che lo regolano. Vuolsi ritenere che il legislatore abbia avuto propriamente di mira il secondo dei casi testè additati, nel disporre particolarmente in questo paragrafo intorno alle formalità di un matrimonio contratto da suddito austriaco all'estero, giacchè altrimenti gli sarebbe mancata ogni ragione di distinguere quelle formalità dagli altri lati giuridici del matrimonio, come non le distingue il diritto canonico, ed avrebbe dovuto sancire piuttosto in generale che il cittadino austriaco cattolico deve osservare anche all'estero tutte le leggi matrimoniali per lui vigenti nell'Impero.

3. Le leggi non concernenti la mera forma del matrimonio, accennate nel 2.° alinea dell'attuale paragrafo, sono in generale tutte quelle relative agli impedimenti matrimoniali, sussistenti pei cattolici nell'Impero d'Austria, e tanto agli impedimenti propriamente detti, stabiliti dal diritto canonico, siano essi dirimenti od impedienti, quanto ai meri divieti civili stabiliti nella presente Legge. Agli uni ed agli altri il cittadino austriaco cattolico ha obbligo di prestare osservanza, contraendo matrimonio anche in estero Stato, perchè si possono ravvisare in essi tutti altrettante restrizioni della capacità personale di contrarre matrimonio (Codice civile, § 4). La violazione di un tale obbligo, relativamente ai divieti civili di matrimonio in particolare, non può certamente andar disgiunta dalla punibilità del suo autore secondo le disposizioni contenute in questa Legge sulla pena dell'inosservanza di quei divieti. La vigilanza poi dei parrochi esteri a ciò che un suddito austriaco cattolico, contraendo matrimonio presso di loro, osservi anche i divieti di matrimonio stabiliti dalla legge civile austriaca, si può fondatamente aspettare, dacchè la medesima vigilanza incumberebbe in casi reciproci ai parrochi austriaci nei matrimonii di forestieri cattolici, circa l'osservanza dei divieti matrimoniali sanciti per avventura dalla legge civile del paese loro, siccome abbiamo altrove osservato (annotaz. al § 3, n.° 2). Voglionsi però eccettuare, siccome avverte il Kutschker (op. cit., vol. IV, pag. 674), dall'osservanza delle prescrizioni della presente Legge in estero Stato, quelle della medesima che non concernono che la denunzia, e il modo della conclusione del matrimonio (§§ 14-21), siccome risguardanti oggetti di mera forma.

4. La prescrizione contenuta nel 3.° alinea di questo paragrafo tende a far sì che anche nel luogo dello Stato austriaco, dove ultimamente domiciliò il suddito cattolico, il quale attualmente vuol contrarre matrimonio all'estero, vengano denunciati gli impedimenti che per avventura esistessero al medesimo, e i quali molto più facilmente possono essere conosciuti in quel luogo, che all'estero. L'intero *anno*, accennato dalla legge, si deve intendere decorso dal momento in cui il suddito austriaco abbandonò gli Stati dell'Impero, non da quello in cui il medesimo prese stanza nel luogo estero in cui ora vuol contrarre matrimonio. Imperocchè la legge fa cenno in generale di dimora all'estero, non in particolare di dimora nel luogo estero in cui il matrimonio si deve conchiudere. Oltre di che, ove si accettasse la seconda interpretazione, e non la prima, si potrebbe in qualche caso esigere un tale intervallo di tempo fra la partenza del suddito austriaco dallo Stato austriaco, e l'epoca del suo matrimonio nello Stato estero in cui si trasferì, che lo scopo della pubblicazione prescritta anche nel primo potrebbe molto facilmente venir frustrato [1]. La ripetizione della pubblicazione per tre volte, ordinata nel passo di legge di cui ci occupiamo, si deve intendere che abbia ad accadere propriamente in tre consecutivi giorni di domenica o di festa, secondo il rito generale delle pubblicazioni (§ 15 di questa Legge; § 60 dell'Istruzione). Voglionsi pure ritenere applicabili alla pubblicazione in discorso le regole generali contenute nel 2.° alinea del § 15, e nel § 16 di questa Legge, ma non eziandio le regole canoniche (Istruz., §§ 61-63) laddove queste diversifichino dalle prime (veggansi le annotaz. al § 16, n.° 1, pag. 59-60): imperocchè tale pubblicazione, siccome non precedente alla conclusione del matrimonio per parte del parroco stesso che la intraprende, è estranea affatto al diritto canonico, ed è imposta a quel parroco dalla sola legge civile, nella qualità del medesimo di ufficiale civile.

5. La triplice pubblicazione del matrimonio, prescritta nel 3.° alinea dell'attuale paragrafo, deve certamente essere provata da chi ne aveva l'obbligo, ogni qualvolta ne

[1] Tale è pur l'avviso dei dottori Orefici e Lazzarini (op. cit., pag. 336).

sia richiesto. L'omissione della medesima, come avvertono a ragione lo Schulte (op. cit., ediz. ital. pag. 264) e il Kutschker (op. cit., vol IV, pag. 676) trarrebbe seco le penalità prescritte in generale dal § 55 di questa Legge per l'inosservanza delle disposizioni relative al matrimonio, in essa contenute.

6. L'omissione della pubblicazione prescritta dal 3.° alinea del presente paragafo toglie ogni scusa a chi, avendo col matrimonio contratto all'estero, ed ivi debitamente denunciato, mancato ad una promessa di matrimonio data nello Stato austriaco, creda sottrarsi ad ogni obbligo di risarcimento per quel titolo (§ 2 di questa Legge), allegando il motivo, che l'altro sposo deluso non accampò la fattagli promessa, prima della conclusione del matrimonio, e in seguito alle pubblicazioni che all'estero se ne fecero. Imperocchè la pubblicazione nello Stato austriaco di un matrimonio conchiuso all'estero, avendo certamente per iscopo, siccome abbiamo notato (num. preced.), di facilitare la notifica degli impedimenti, che vi ostano, l'omissione di essa può, siccome avvertono lo Schulte (op. cit., ediz. ital., pag. 264), ed il Kutschker (op. cit., vol. IV, pag. 676), venire addotta utilmente dallo sposo deluso, onde far cadere sull'altro sposo principalmente la colpa del non aver egli fatto valere in tempo l'impedimento degli sponsali presso il parroco estero, avanti al quale l'illecito matrimonio fu conchiuso.

§ 75.

Se un cittadino austriaco che contrasse matrimonio all'estero ritorna nell'Impero, è tenuto a far inscrivere il suo matrimonio nel libro matrimoniale della parrocchia nella quale stabilisce il suo domicilio.

Il provvedimento ordinato in questo paragrafo ha la sua ragione nella somma utilità di ottenere una prova sicura di un matrimonio conchiuso all'estero, così nell'interesse pubblico, come in quello dei privati. Anche una tale iscrizione del matrimonio contratto all'estero, al pari della pubblicazione del medesimo prescritta dal capoverso 3.° del § 74, è un'incumbenza attribuita dal solo potere civile ai parrochi cattolici, nella loro qualità di ufficiali civili (vedi annotaz. al § 74, n.° 4). Egli è per ciò che il § 78 dell'Istruzione statuisce non potere il parroco richiesto per quella iscrizione, effettuarla, senza averne ricevuto l'ordine del Vescovo, al quale egli deve subordinare la fattagli istanza in un colle esibite prove del matrimonio da iscriversi.

§ 76.

Se un matrimonio viene dichiarato invalido o si scioglie per la morte del marito, la moglie non può passare ad altre nozze, se è gravida, prima del parto, e se vi ha dubbio sulla gravidanza, prima che siano scorsi sei mesi. Tuttavia se attese le circostanze o per giudizio dei periti la gravidanza non è verisimile, può dopo scorsi tre mesi, concedersi la dispensa; nel caso di dichiarazione d'invalidità dal Dicastero politico del Dominio, e nei luoghi dove non esiste un tal Dicastero, dall'Autorità di circolo; ma nel caso di scioglimento del matrimonio per la morte del marito, soltanto dal Dicastero politico del Dominio, e solo per motivi sommamente urgenti.

1. L'attuale paragrafo regola il divieto civile matrimoniale relativo alle seconde nozze, e il successivo § 77 stabilisce le conseguenze di una contravvenzione a tale divieto. Già nel diritto romano si ammetteva che la vedova non potesse passare a seconde nozze, prima del decorso di un anno dalla morte del marito, affinchè dubbia non diventasse la paternità dei figli di lei (l. 53 *Cod. de episcop. et cler.*), a meno che entro l'anno di aspettativa ella si sgravasse di prole del primo marito (l. 11, § 2 *D. de his qui not. infam.*). La contravvenzione a siffatto provedimento traeva seco conseguenze giuridiche, svantaggiose alla vedova (l. 1, 2, 6 *Cod. de sec. nupt.*, nov. 22, cap. 22, 23). Codesti principii, non ammessi nel diritto canonico (cap. 4, 5 *de sec. nupt.*), furono in sostanza riconosciuti mai sempre nella legislazione austriaca, la quale li estese anche al caso di cessazione di un matrimonio per dichiarata invalidità del medesimo, e pei sudditi acattolici in particolare eziandio a quello di giudiziale scioglimento del matrimo-

nio (¹). I medesimi si riscontrano nei §§ 120, 121 del Codice civile generale, e da questi paragrafi vennero riportati nei §§ 76, 77 della presente Legge, con alcune modificazioni, volute solo dall' indole speciale di questa. Il § 76 in particolare non differisce dal § 120 del Codice civile se non perchè il primo non si riferisce, come il secondo, ad altro caso di scioglimento del matrimonio fuorchè a quello per morte, essendo quest'ultimo solo possibile pei cattolici, ed inoltre verso il fine contiene una particolare disposizione relativa allo scioglimento del precedente matrimonio per la morte del marito, che manca nel secondo (²); nè finalmente si accorda con questo paragrafo nella determinazione delle autorità competenti ad accordare la dispensa. Imperocchè il § 76, abbandonando la regola stabilita nel § 120 del Codice civile che quella dispensa competa di regola alle autorità di circolo, ed al Governo (ora Luogotenenza) soltanto nelle città capitali, ha accolto invece il principio, stabilito già nella Sovrana Risoluzione 14 settembre 1852, che la dispensa in discorso spetti in generale alla Luogotenenza, tanto per gli abitanti della città, quanto per quelli della campagna, nè concede alle autorità di circolo di accordarla se non nei casi espressamente in esso indicati.

2. I casi distinti nell'attuale paragrafo sono i seguenti: 1.° gravidanza della moglie, nel qual caso non può questa passare a seconde nozze prima di essersi sgravata; 2.° dubbio esistente sulla gravidanza della moglie, nel qual caso le seconde nozze non possono aver luogo entro l'intervallo di sei mesi, da computarsi dalla cessazione del precedente vincolo conjugale; 3.° improbabilità della gravidanza della moglie, dopo essere già trascorsi tre mesi dalla cessazione del matrimonio anteriore, nel quale caso le seconde nozze non possono contrarsi, senza previa dispensa conceduta dalla competente autorità. Non dice la legge, relativamente al caso 2.° se, e come debba essere provato il dubbio sulla gravidanza della moglie. Ma appunto per questo silenzio, e attesochè allo stato conjugale è naturalmente congiunta sempre la probabilità di gravidanza della moglie, vuolsi ritenere che, onde quel dubbio esista, non altro si richieda fuorchè di non potersi fondare la probabilità della non gravidanza, cui si riferisce il caso 3.°, cosicchè si può ammettere come regola generale, che, sciolto un matrimonio, la moglie superstite non può contrarne un secondo prima di sei mesi trascorsi da quell'epoca; e ciò pel solo fatto che ella era moglie, e senza che sia necessaria prova o ragione alcuna per impedirle una nuova unione in tutto quel tempo.

3. Nel caso 2.° annoverato nel numero precedente, egli è chiaro che, se durante i sei mesi dalla morte del marito la moglie si riconosce realmente gravida, ella non può passare a seconde nozze prima del parto, come nel caso 1.°

4. La disposizione dell'attuale paragrafo relativo al caso, in cui la gravidanza della moglie è giudicata inverosimile, vuolsi certamente estendere anche a quello in cui essa vien dichiarata impossibile, come quando fosse provata l'assenza del precedente marito per tutto quel tempo anteriore allo scioglimento del matrimonio, nel quale egli avrebbe potuto generar prole, che sarebbe nata postuma. Sarebbe errore il credere che in un tal caso la moglie potesse passare a nuove nozze senza previa perizia o dispensa. Imperocchè non meno il giudizio della certezza è affatto subbiettivo che quello della verisimiglianza, laonde la guarentigia della perizia e della dispensa torna necessaria non meno rispetto alla prima, che rispetto alla seconda. Che se la legge non fece cenno del caso in cui sia certa la non gravidanza, ciò accadde certamente perchè il medesimo è meno facile ad avverarsi di quello in cui la gravidanza sia appena inverosimile, mentre d'altra parte dalla verosimiglianza alla certezza nelle cose morali vi è solamente distanza di gradi. Vuolsi però ammettere che a constatare la certezza della non gravidanza, ed a domandare la dispensa pel passaggio alle seconde nozze, non sia del pari necessario il decorso di tre mesi dalla cessazione del precedente matrimonio, prescritto dalla legge pei casi in cui la gravidanza sia soltanto inverisimile.

5. La circostanza che la moglie, che vuol passare a seconde nozze, fosse ultimamente separata da più di sei mesi dal precedente marito, non libera la medesima dall'osser-

(¹) La Patente matrimoniale (§ 56), ed il Codice civile (cap. 3, § 111) dell'imperatore Giuseppe II, prescrivevano in modo affatto generale, che al matrimonio di una donna, sciolta da un precedente vincolo matrimoniale, dovesse mai sempre percorrere tutto il tempo necessario, affinchè nessun errore o dubbio insorgesse relativamente ad un figlio nato dal matrimonio precedente.

(²) Tale disposizione fu certamente suggerita dal riguardo, che allorquando il matrimonio si sciolse per la morte del marito, al troppo pronto secondo matrimonio della vedova si oppone non soltanto il pericolo della gravidanza, come nei casi di dichiarata invalidità del matrimonio, ma anche il rispetto alla memoria del marito defunto, avuto in tanto conto dal diritto romano (l. 1 *D. de his qui not. inf.*).

vanza dell'attuale paragrafo. Imperocchè il disposto di questo è affatto generale ed incondizionato, ed oltracciò alla separazione dei conjugi non va così naturalmente congiunta la presunzione di non generazione, come la presunzione contraria alla costanza della conjugale convivenza. Non è a negarsi però che quella circostanza della separazione possa molto influire sui periti nel giudicare verisimile o no la gravidanza della moglie superstite.

6. Alla morte del marito non può equipararsi la solenne dichiarazione della medesima per gli effetti di questo paragrafo. Imperocchè la legge parla soltanto della prima. ed oltracciò, come bene avverte il Dolliner (op. cit., vol. IV, § 303, n.° 2), quando il marito fu dichiarato morto, questi, giusta il § 24 congiunto coi §§ 215 e 277 del Codice civile, dovette già essere assente, o ignorato per 4, 11 o 31 anni consecutivi, cosicchè riesce impossibile che la moglie da lui abbia concepita la prima prole partorita dopo essere passata a seconde nozze ([1]).

§ 77.

Contravvenendosi a questa prescrizione, la moglie perde ogni diritto ai vantaggi ad essa accordati dal precedente marito nel contratto nuziale, per patto successorio o per atto di ultima volontà, ed ambedue le parti sono da punirsi in modo adattato alle circostanze; il marito poi perde il diritto riservatogli nel caso del § 75.

Nascendo prole da questo matrimonio, ed essendo almeno dubbio se sia generata dal precedente marito, le si deputa un curatore per sostenerne i diritti.

1. Il presente paragrafo tratta degli effetti delle contravvenzioni al disposto del paragrafo precedente. Le sue disposizioni coincidono con quelle del § 121 del Codice civile generale, tranne alcune differenze cagionate dal peculiare carattere di questa Legge. Così l'attuale paragrafo non parla, come il corrispondente del Codice civile, di convenzioni fatte all' occasione dello scioglimento del matrimonio, incompatibili collo scioglimento per morte, solo possibile pei cattolici. E mentre il § 121 del Codice civile toglie al marito contravventore al § 120, corrispondente al § 76 di questa Legge, d'impugnare la validità del matrimonio per l'impedimento contemplato dal § 58 di questo Codice, l'attuale paragrafo invece toglie al medesimo soltanto il diritto riservatogli dal § 75 di questa Legge, siccome sostituito pei cattolici al § 58 del Codice civile. Gli effetti della contravvenzione contemplati dall'attuale paragrafo risguardano: *a*) ambedue i conjugi; *b*) in particolare il marito; *c*) in particolare la moglie; *d*) la prole.

2. Quale sia la pena comminata in questo paragrafo ai contravventori del § 76, la legge non determina. Noi opiniamo che, racchiudendosi nel § 76 un vero divieto matrimoniale civile, ogni contravvenzione al medesimo debba trar seco le pene comminate dal § 55 all'inosservanza dei divieti di matrimonio in generale, e che a queste pene appunto il legislatore alluda nell'attuale paragrafo, parlando di punizione in modo generico. Di questa opinione è anche lo Schulte (op. cit., ediz. ital., pag. 266), mentre il Kutschker (op. cit., vol. III, pag. 676), il quale opina invece che la pena in discorso sia affatto *arbitraria* pel giudice, quale appunto non senza ragione potrebbe ritenersi da un interprete del § 121 del Codice civile, non sembra far altro che accettare inconsideratamente anche su questo punto la dottrina di Dolliner intorno a quel paragrafo, la quale dottrina egli si accinse (ibid., pag. 675) a riprodurre nell'opera sua. Tale essendo la punizione accennata in questo paragrafo, non v' ha dubbio, che al pari di quelle prestabilite in generale nel § 55, debba la medesima infliggersi non dal giudice civile, ma dal giudice penale, sul qual punto sono molto discordi invece gli interpreti

([1]) Lo Stubenrauch (op. cit., ai §§ 120, 121, n.° 1) opina che niuna restrizione si opponga alle seconde nozze della moglie, allorquando al precedente matrimonio ostasse uno degli impedimenti indicati nei §§ 62-64 del Codice civile, « dovendosi riguardare come illegittimi in ogni caso i figli nati da un tale apparente matrimonio. » Siffatta opinione, non più ammissibile attualmente per tutti i sudditi dell' Impero, per effetto del § 50 della presente Legge, e della Patente Imperiale 5 giugno 1858 (vedi pag. 124) è, a nostro avviso, erronea anche secondo il Codice civile. Imperocchè la vera paternità dei figli illegittimi non può dirsi in generale inutile a stabilirsi, mentre anche a tali figli, possono essere conferiti diritti sia dai padri loro, sia da terze persone, ed oltracciò il secondo marito ha interesse ad escludere da sè non meno i figli illegittimi, che i legittimi del primo.

del § 121 del Codice civile (vedi Dolliner, op. cit., vol. IV, § 506, n.º 1). — Quanto alle *circostanze* cui devesi a sensi della legge adattare la punizione in discorso, vuolsi avvertire con Dolliner (ibid., n.º 2), essere precipuamente degna di avvertenza la circostanza che dalla prematura conchiusione del secondo matrimonio sia insorta o no vera incertezza sulla paternità del figlio nato nel medesimo, od altra conseguenza a lui pregiudizievole. Vuolsi pure certamente aver riguardo alla reale, o contingibile gravidanza della donna rimaritata, in quanto si tratti di infliggerle arresto rigoroso. La donna poi non può mai sfuggire in alcun caso alla pena, non potendo mai per lei darsi ignoranza del fatto del precedente matrimonio, e quella del diritto non valendo a discolparla. Riguardo al secondo marito al contrario possibile si è l'ignoranza del fatto, e per lui quindi può darsi innocenza ed impunità.

3. L'interdizione inflitta in sul finire del paragrafo particolarmente al marito presuppone certamente ch'egli pure abbia avuto colpa nella trasgressione del § 76. Pertanto non sottosterà il marito a quella sanzione: 1.º se la moglie gli tenne celato di essere già stata maritata, cosicchè egli non potè sapere di congiungersi troppo presto in matrimonio ad una vedova, o ad una donna, il cui precedente matrimonio venne dichiarato invalido; 2.º se egli seppe bensì l'avvenuta dichiarazione d'invalidità, o lo scioglimento dell'anterior matrimonio della sua sposa, ma si congiunse a questa soltanto dopo che fu sgravata, mentre la medesima trovasi ora di bel nuovo gravida per fatto di un altro; 3.º se conchiuse matrimonio con una donna che sapeva libera per la morte del marito, o per dichiarazione d'invalidità del matrimonio, ma di cui ignorava la gravidanza, solo dopo sei mesi dalla cessazione del precedente matrimonio, od anche prima, ma colla necessaria dispensa; 4.º se si congiunse in matrimonio con una donna il cui marito venne solennemente dichiarato morto, e che a sua insaputa si trovava in istato di gravidanza per opera d'altri.

4. I vantaggi, accennati in questo paragrafo, accordati alla moglie dal precedente marito nel contratto nuziale, sono propriamente tutti i diritti conferiti dai singoli patti nuziali riconosciuti dal Codice civile (capitolo XXVIII), fuorchè dal patto successorio, il quale trovasi nel paragrafo menzionato a parte. Tali patti sono: 1.º la contraddote (Codice civile, § 1230), la cui proprietà spetterebbe alla moglie, siccome superstite al primo marito; 2.º la morganatica (ibid., § 1232); 3.º i beni che dopo la morte del marito pervennero in proprio alla moglie da una preesistente comunione di beni fra di loro (ibid., § 1234); 4.º l'assegnamento vedovile, in quanto questo sorpassi il decente mantenimento competente alla moglie dopo la morte del marito per effetto del § 796 del Codice civile, e sia stato assicurato dal primo marito alla moglie nei patti nuziali anche pel caso in cui essa passi a seconde nozze (ibid., § 1244) [1]. (Dolliner, op. cit., vol. IV, § 508, n.º 3). — Osserviamo con Dolliner (ibid., n.º 2) che allorquando il precedente matrimonio fu dichiarato invalido, questa stessa dichiarazione fa decadere già per sè sola la moglie da tutti i diritti accordatile nei patti nuziali, in virtù del § 1265 del Codice civile, cosicchè a noi pare che la privazione degli stessi diritti, comminata alla moglie nel paragrafo attuale, si riferisca propriamente soltanto al caso di scioglimento del primo matrimonio per morte del marito. Lo stesso deve dirsi quanto alla perdita del pari comminata in questo paragrafo alla moglie, dei diritti conferitile dal primo marito mediante atto di ultima volontà; imperocchè di questo atto non si può parlare in relazione al suo autore, fuorchè supponendolo effettuato in seguito alla morte del medesimo, il quale nel caso in discorso sarebbe il precedente marito. Che se ammettesi questa interpretazione, devesi pur anche convenire col Kutschker (op. cit., vol. III, pag. 677) che i vantaggi accordati mediante disposizione di ultima volontà da un marito alla moglie durante un matrimonio dichiarato poscia invalido, non vanno perduti per la moglie in virtù dell'attuale paragrafo, se quel marito morì posteriormente alla dichiarazione d'invalidità. Infatti, come osserva lo stesso autore, il § 1265 del Codice civile non annovera menomamente fra gli effetti della dichiarazione d'invalidità di un matrimonio la revoca delle disposizioni d'ultima volontà fatte da un conjuge a favore dell'altro.

5. La perdita inflitta alla moglie nel presente paragrafo dei vantaggi accordatile dal precedente marito, si deve intendere nel senso che la medesima sia obbligata anche a restituire ciò che per quei titoli avesse già acquistato e posseduto? A questa

[1] Senza questa clausola, l'assegnamento in discorso andrebbe perduto per la moglie in seguito alle seconde nozze, in virtù dello stesso § 1244 del Codice civile.

domanda noi diamo una risposta affermativa per le medesime ragioni per cui ve la diede il Dolliner, interpretando il § 121 del Codice civile (op. cit., vol. IV, § 508, n.º 5). La parola *accordati* (*zugevendete*) esprime nella legislazione austriaca ora una cosa promessa, o lasciata (Codice civile, ediz. ted., §§ 709, 774), ora una cosa già consegnata, ricevuta, presa in possesso (ibid., §§ 682, 791), ora eziandio tanto una cosa quanto l'altra (ibid., §§ 149 e 1019), e in quest'ultimo significato può prendersi anche nell'attuale paragrafo della presente Legge, giacchè nulla vi si oppone, laonde la donna che prematuramente si marita si ritenga obbligata, nel senso della legge, anche alla restituzione del già ricevuto. Inoltre, non adottando questa interpretazione, la prescrizione del § 76 verrebbe facilmente elusa con impunità, poichè a ciò basterebbe che la moglie cercasse di recarsi in mano al più presto possibile, dopo la morte del precedente marito, ciò che da costui le fosse stato lasciato. L'opinione qui propugnata trova qualche difficoltà soltanto in relazione all'assegnamento vedovile, il quale verrebbe in conseguenza di essa a dover essere restituito dalla vedova, in apparente contraddizione al § 1418 del Codice civile, in cui si dispone che, cessando la vedova per morte di aver bisogno dell'assegnamento vedovile, che le si paga a rate trimestrali anticipate a sensi del § 1242 dello stesso Codice, i di lei eredi non siano obbligati a restituire cosa alcuna di quanto le venne anticipato. Sembra invero sulle prime che questa disposizione relativa al caso di morte della vedova possa estendersi anche al caso di seconde nozze, poichè anche in questo ella non può aver più bisogno del vedovile assegnamento. Ma bene osserva il Dolliner (luogo citato) che una tale estensione del § 1418 del Codice civile è inammissibile, e quindi non sussiste la sopraddetta contraddizione. Imperocchè mentre il cangiamento di stato prodotto dalla morte è involontario, quello invece prodotto dalle seconde nozze non è tale, e in questo piuttosto la moglie ha cessato per suo proprio fatto, di avere alcun titolo all'assegnamento vedovile.

6. La deputazione di un curatore ordinata nel capoverso 2.º dell'attuale paragrafo, avendo il suo motivo nel dubbio insorto sulla paternità della prola nata dopo le seconde nozze, si deve ritenere necessaria in tutti i casi in cui un tale dubbio si verifichi, anche fuori di quello in cui non siano state violate le prescrizioni del § 76, cui solo il legislatore sembra riferirsi nell'ordinarla. Imperocchè l'evidente ragione della legge deve qui prevalere alle materiali sue espressioni, le quali inoltre hanno una sufficiente spiegazione nell'essere il testè accennato caso il più consueto in cui sorga dubbio sulla paternità della prole nata dopo le seconde nozze. Altri casi meno consueti sarebbero: quello di una dispensa accordata a sensi del § 76, non colla debita circospezione, e quello di un avvenimento straordinario (Dolliner, op. cit., vol. IV, § 509, n.º 1).

7. La dubbiezza intorno alla paternità della prole, onde deputar alla medesima un curatore, si può presentare anzitutto, come avverte il Dolliner (op. cit., vol. IV, § 509, n.º 2), in occasione di una controversia insorta intorno alla paternità fra il precedente e l'attuale marito, oppure fra gli eredi dell'uno e dell'altro. Fuori del caso di una tale controversia, quella dubbiezza può presentarsi al tribunale in occasione di denuncia fattagli da terza persona, oppure in seguito a cognizione da sè medesimo acquistatane. Nè in questi casi, ove fosse stato dichiarato invalido il matrimonio, potrebbe darsi peso all'uniformità d'avviso fra i due mariti nel riconoscere a chi di loro debba il figlio appartenere, perchè questa potrebbe originare da collusione, e pregiudicare al figlio, recandolo da una in altra famiglia (Dolliner, ibid., n.º 3).

8. Il giudizio competente alla deputazione del curatore, di cui parlasi nel capoverso 2.º dell'attuale paragrafo, si è, nel caso in cui sia insorta controversia intorno alla paternità (vedi num. preced.), il giudice davanti al quale la medesima si agita; in tutti gli altri casi pare che dir si debba con Dolliner (op. cit., vol. IV, § 510, num. anteced.) essere quello cui è sottoposta la madre della prole, cioè il giudice competente pel nuovo di lei marito.

9. Non si dice in questo paragrafo con quali mezzi possa togliersi in generale il dubbio insorto sulla paternità di un figlio avuto da una donna passata in seconde nozze, e lo stesso silenzio si osserva nel § 121 del Codice civile. In realtà però la legge era nell'impossibilità di esibire tai mezzi con qualche pienezza, dacchè infinite ragioni possono far nascere il dubbio in discorso, ed altre ragioni non meno varie possono adoperarsi nei singoli casi a combattere le prime. Il Dolliner (op. cit., vol. IV, § 511, n.º 1) opina che a decidere intorno alla paternità nei casi dubbi possano per analo-

gia servire i principii contenuti nei §§ 138, 155-159 del Codice civile sulla nascita legittima od illegittima di un figlio. Questa opinione è ammissibile, specialmente in riguardo al primo di quei paragrafi citati, dacchè colla scorta del medesimo si può arrivare ad escludere la paternità di uno dei mariti, quand'anche ciò non si accompagni sempre necessariamente coll'ammissione della paternità dell'altro (1). Essa però è lontana dal fornire i veri mezzi di sciogliere la quistione in tutti i casi in generale, e perchè il § 138 del Codice civile non sempre può tornare applicabile, e perchè lo stesso § 158, citato dal Dolliner, non pone alcun limite alle prove che un marito può addurre onde provare la illegittimità di un figlio nato dalla moglie sua. Vuolsi ritenere pertanto che lo scioglimento delle quistioni di dubbia paternità sia lasciato al libero criterio del giudice così dal paragrafo attuale, come dal corrispondente § 121 del Codice civile.

10. Il curatore, la cui deputazione è ordinata nel capoverso 2.° dell'attuale paragrafo, come nel § 158 del Codice civile, è un curatore *ad actum*, le cui mansioni cioè sono determinate dalla cagione stessa della sua nomina. Egli deve sostenere la paternità di quel marito, che gli pare la più plausibile, ed in caso di controversia insorta in quel proposito fra i due mariti, far causa comune con quello di loro, le cui ragioni gli sembrino le migliori.

11. La perdita dei vantaggi conferiti dal marito alla moglie, comminata da questo paragrafo al contravventore del § 76, ha luogo, come ben nota il Kutschker (op. cit., vol. III, pag. 677), tanto se il secondo matrimonio della moglie sia valido e lecito, quanto se gli si opponga un qualsiasi impedimento. Imperocchè, siccome avverte il medesimo autore, non meno nel secondo caso che nel primo esiste la contravvenzione al § 76, ed anzi in un modo anche più punibile, se la moglie ebbe cognizione dell'impedimento che opponevasi al di lei secondo matrimonio. La stessa opinione deve portarsi, a nostro credere, relativamente alla deputazione di un curatore alla prole nata dopo le seconde nozze, poichè anche ove queste siano invalide in modo da rendere illegittima la prole che ne fosse nata, giusta il § 50 di questa Legge, il dubbio sulla paternità può nascere ciò nondimeno e concernere persone conosciute, ed interessare immediatamente una prole determinata, i cui diritti possono quindi essere fatti valere dal curatore in contesto del primo marito, fungendo le parti di attore o di reo convenuto.

(1) Come quando il figlio fosse nato prima dei sette mesi dopo le seconde nozze, ma non ancora dieci mesi dopo le prime.

FINE